

UNIVERSITÉ DE PARIS --- FACULTÉ DE DROIT

Les Pénalités dans les Marchés de Fournitures

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le Lundi 9 Mars 1931, à 14 heures

PAR

Léon DUFFAUD

Président : M. MESTRE.

Suffragants : MM. JÈZE.

LAFERRIÈRE.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, Boulevard Saint-Michel, 49

Les Pénalités
dans les
Marchés de Fournitures

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
Thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs**

UNIVERSITÉ DE PARIS --- FACULTÉ DE DROIT

Les Pénalités dans les Marchés de Fournitures

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le Lundi 9 Mars 1931, à 14 heures

PAR

Léon DUFFAUD

Président : M. MESTRE.

Suffragants : MM. JÈZE.

LAFERRIÈRE.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, Boulevard Saint-Michel, 49



AVANT-PROPOS

Cette thèse, jaillie des cartons verts de l'Administration, doit participer à bref délai à leur auguste poussière : « et in pulverem reverteris ».

Certes, il y aurait quelque ironie à vouloir échapper à un sort commun à toutes choses humaines et l'auteur avoue n'en avoir pas le talent. Mais il voudrait obtenir dès maintenant l'indulgence de ses rares lecteurs que pourraient rebuter l'aridité du sujet autant que la déficience de son art, en indiquant le sens dans lequel cet ouvrage a été conçu.

Etudier les pénalités dans les marchés de fournitures est-ce autre chose que d'envisager, dans un cas particulier, la sanction en droit administratif ? Or, les pénalités ne sont que la transposition d'une clause de droit civil.

Voilà donc qu'à l'occasion d'un sujet bien spécial, se trouve posée la question de l'organisation de la justice administrative, et que l'on est amené à rechercher la différence profonde qui sépare le règlement des litiges administratifs du règlement des litiges survenus entre particuliers.

Marquer la place de la décision du Ministre dans l'application des pénalités, c'est indiquer d'autre part la nature de cette décision et les recours dont elle est susceptible de la part du requérant, c'est également définir,

du côté de l'Administration, les limites du pouvoir du Ministre.

Ce sont là autant de points importants qu'en approfondissant un sujet d'austère apparence, l'auteur a pu découvrir, et qui ont présenté pour lui autant d'attraits. Non qu'il prétende à l'originalité de théories déjà anciennes aussi bien dans le droit administratif que dans le droit civil. Mais il y a une certaine satisfaction de l'esprit à relier l'activité des personnes juridiques aux principes qui la dirigent.

L'auteur s'y est efforcé.

La composition de l'ouvrage procède de ces relations.

Il a paru nécessaire de donner d'abord un aperçu général des marchés de fournitures où trouve place la clause pénale.

La nature juridique de cette clause a été ensuite analysée par comparaison avec le droit civil. Puis un chapitre a été consacré à son utilité dans le droit administratif et l'on a été conduit à cette constatation que d'autres moyens envisagés pour sanctionner les obligations des fournisseurs étaient inapplicables ou inopérants.

Les « Pénalités » examinées en soi, c'est à leur application qu'a été réservée la suite de l'ouvrage : procédure administrative, puis contentieuse suivant laquelle le Ministre et éventuellement le Conseil d'Etat prononcent leur décision en la matière.

A cette occasion, nous avons noté la place que tiennent les observations de l'Entrepreneur d'une part, la décision du Ministre d'autre part, et nous avons essayé de définir le caractère juridique de ces deux phases de la procédure.

Enfin, ont été exposées les diverses théories concernant le pouvoir d'exonération du Ministre.

Tels sont les jalons qui ont marqué notre voie. Si le sujet n'a pas été épuisé, nous confesserons que notre ambition était moins de faire un traité complet sur les pénalités que d'approfondir les questions d'ordre juridique du plus haut intérêt qu'elles soulèvent.

Notre récompense serait d'y avoir réussi.

CHAPITRE PREMIER

LES MARCHÉS DE FOURNITURES

Les pénalités ou clauses pénales font partie d'un ensemble de règles qui entourent les marchés de l'Etat et qui donnent à ces marchés un caractère particulier.

C'est pourquoi il est indispensable; au début même de cette étude, d'exposer les modalités suivant lesquelles l'Administration acquiert les objets mobiliers nécessaires au fonctionnement des services publics.

Malgré les liens de toutes sortes qui retiennent de part et d'autre les parties contractantes dans des obligations bien définies et qui ne sont pas toujours sans apporter certaine gêne au fonctionnement des services, il est évident que, dépouillé de tous ses accessoires, le contrat se résout en définitive en une « emptio-venditio ».

Ouvrons un marché de fournitures, nous y trouvons dès le début : une chose, un prix, les deux éléments essentiels de la vente.

Aussi, rappelant succinctement les principes du Code Civil en la matière, essayerons-nous de montrer comment le droit administratif les a adaptés aux marchés de fournitures et de déduire les garanties que ceux-ci présentent pour l'Etat.

I. — LA VENTE EN DROIT CIVIL

Le Code Civil définit la vente « la convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, l'autre à la payer » (art. 1582 al. 1).

Obligations du vendeur, obligations de l'acheteur, telle est la division qui résulte de cette définition et qui, par l'analyse, permet de donner la physionomie complète du contrat de vente.

« L'un s'oblige à livrer la chose ». L'art. 1603 développant ce principe, ajoute : « Il (le vendeur) a deux obligations principales, celle de livrer et celle de garantir la chose qu'il vend ».

Les modalités suivant lesquelles s'effectue la délivrance sont décrites dans les articles suivants. Elles ne paraissent pas devoir retenir spécialement notre attention.

Deux points au contraire méritent qu'on s'y arrête : le droit de rétention et l'attribution des risques.

La loi accorde, en effet, au vendeur le droit de retenir la chose, « si l'acheteur n'en paie pas le prix et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement » (art. 1612).

S'agissant d'un contrat synallagmatique par excellence, il était de toute équité que l'exécution d'obligations qui se servent de cause réciproque, soit simultanée. S'il est vrai que les principes eussent conduit à cette solution, il est cependant heureux que l'art 1612 l'ait rendue aussi explicite.

L'attribution des risques n'est pas aussi formelle, du moins en notre matière.

L'art. 1614 al. 1 déterminant l'état dans lequel la chose doit être livrée, pourrait, à première vue, être considéré comme attribuant les risques au vendeur. Mais cette disposition ne vise que les changements survenus à la chose du fait du vendeur. Au contraire, les conséquences des cas fortuits postérieurs à la vente sont pour l'acheteur. C'est le droit commun : « *res perit creditori* ».

La possession une fois transmise, il était indispensable que l'acheteur eut la certitude de ne subir aucun trouble de droit. C'est pourquoi aux termes de l'art. 1625, cette possession doit être paisible.

Il fallait, en outre, que la chose vendue fut propre à l'usage auquel elle était naturellement destinée. C'est dire que la *possession doit être utile*.

Tels sont les deux termes de l'obligation de garantie que la vente entraîne pour le vendeur.

L'art. 1626 nous indique l'éviction totale ou partielle, les charges prétendues et non déclarées lors de la vente, comme objet principal de la garantie d'une *possession paisible*. Mais il est évident que le simple trouble de droit — lequel se manifeste par une action judiciaire intentée contre l'acheteur — tombe également sous la protection de cette garantie.

Trois conséquences en découlent.

La première est formulée dans l'adage : « *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* » qui doit garantir, ne peut évincer.

La deuxième consiste pour le vendeur à prendre le fait et cause de l'acheteur.

Enfin le vendeur doit réparer le préjudice causé par

l'éviction : restitution du prix, des fruits dans certains cas, des frais exposés par le demandeur, dommages et intérêts, frais et loyaux coûts du contrat (art. 1630).

En outre, l'art 1636 permet à l'acquéreur évincé de faire résilier la vente, lorsque l'éviction est de telle importance qu'il n'eut point acheté sans la partie dont il est évincé.

A ces protections légales, il est évident que les parties peuvent ajouter. C'est ainsi que le risque de perdre la chose par cas fortuit peut être laissé à la charge du vendeur entre la vente et la tradition.

Il peut même être stipulé que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, sauf les limitations prévues par les art. 1628 et 1629.

..

La possession, avons-nous dit, doit être utile.

Le serait-elle si la chose vendue était, à raison de vices cachés, impropre à l'usage auquel on la destine, ou encore si le profit que peut procurer son usage était considérablement diminué ?

Aussi, l'art. 1641 met-il à bon droit à la charge du vendeur les vices rédhibitoires.

Il en résulte pour l'acheteur, à son choix, une action en résolution que les Romains appelaient *redhibitoria* et celle qu'ils nommaient *actio æstimatoria* ou *quantum minoris*, dont l'objet est la restitution d'une partie du prix proportionnelle à la diminution de valeur provenant de l'existence du vice.

Enfin, la perte de la chose survenue par suite du vice

caché, est pour le vendeur « qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents » (art. 1647).

..

Nous avons ainsi délimité les obligations du vendeur enchassées dans la formule lapidaire de l'art. 1603 : « Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ».

..

En ce qui concerne *l'acheteur*, l'art. 1582 nous a déjà indiqué le paiement comme objet essentiel de son obligation. L'art 1650 ne fait que préciser cette notion « payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente ».

La sanction de cette disposition consiste dans les intérêts dont l'acheteur peut être tenu suivant les cas énumérés par l'art. 1652, et principalement dans *le droit de résolution du vendeur*, consacré par l'art. 1654 et qui est une application pure et simple du principe inscrit dans l'article 1184 al. 1, aux termes duquel « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement ».

Il convient de rappeler seulement que la résolution ne peut être prononcée que par le juge et qu'au surplus le vendeur peut, s'il le préfère, exiger, par les voies de droit, l'exécution du contrat.

..

L'acheteur doit encore *prendre livraison* de la chose vendue à l'époque fixée par la convention ou par l'usage

des lieux. A défaut de l'un ou l'autre terme, la prise en charge doit être immédiate ou tout au moins intervenir dans le délai normalement nécessaire à l'acheteur pour retirer la chose.

Cette obligation est sanctionnée par le droit de résolution de l'art. 1184 et, en outre, par le droit du vendeur d'obtenir de la justice, après sommation à l'acheteur, la permission de mettre la chose en dépôt dans un lieu autre que celui où elle se trouve (art. 1264).

..

Cette révision des principes de la vente en droit civil nous permet de constater qu'une sorte de Némésis ou déesse des compensations préside à ce contrat.

On peut même dire que le *συναλλαγμα* est ici parfait en ce sens que pour chaque partie les obligations sont compensées par des droits et que tout est disposé pour l'accomplissement de la prestation d'un côté, du paiement de l'autre.

Ainsi le vendeur, avons-nous dit, doit délivrance, mais l'art. 1612 lui accorde un droit de rétention et l'art. 1652 le droit de résolution, car s'il importe que la livraison ait lieu, il n'en est pas moins indispensable que le paiement soit effectué : donnant donnant. C'est pourquoi, l'appellation romaine de la vente conserve encore toute sa vigueur en opposant les deux plateaux de la balance : *emptio-venditio*.

II. — LE MARCHÉ ADMINISTRATIF

Dans les marchés du droit administratif, la nature juridique du contrat demeure, les mêmes règles s'appliquent. En l'absence de clauses spéciales, c'est encore au droit commun qu'il faut recourir, car il est le fondement.

Mais ces clauses spéciales sont trop nombreuses et trop particulières, elles donnent aux marchés de l'Etat un caractère trop marqué pour que le contrat administratif puisse être comparé aux conventions du droit civil.

D'où vient cette différence ?

Ce qui caractérise le droit, c'est *la sanction*.

Les préceptes de nos codes et de nos lois relèveraient de la seule morale s'ils n'étaient corroborés par la contrainte. Celle-ci est à la base même de la notion du droit.

Or, cette contrainte n'est pas prononcée par les tribunaux ordinaires pour les litiges concernant les marchés administratifs.

Différence de compétence, tel est le critérium qui nous permettra de distinguer les contrats du droit civil des contrats du droit administratif.

Le décret du 11 juin 1806 dispose, en effet, que les litiges survenus à l'occasion des marchés de fournitures de l'Etat, seront jugés par le Conseil d'Etat.

Sans prendre parti ici sur la valeur des arguments favorables ou contraires à la juridiction administrative, l'on peut dire tout d'abord que la seule existence de cette juridiction ne saurait expliquer par elle-même la différence essentielle que nous voulons définir. C'est à l'origine même

de la procédure administrative que nous pourrons la saisir.

Qu'un litige soit porté devant un tribunal de l'ordre judiciaire ou devant un tribunal de l'ordre administratif, cela ne paraît pas, en soi, être d'une importance capitale, et il ne semble pas qu'il suffise de constater que dans les instances où l'Etat est partie celui-ci détient la puissance publique et ne peut dès lors être assimilé à un particulier.

Sans doute, c'est parce que l'Etat n'est pas un particulier que ses affaires ne peuvent être traitées comme les autres. Mais il faut préciser le mode suivant lequel il agit et la procédure suivant laquelle ses litiges sont portés devant les tribunaux administratifs, pour comprendre que ses marchés ne peuvent être considérés comme des contrats de droit privé.

*
**

Dans les notions que nous avons rappelées sommairement au début de ce chapitre, concernant la vente, nous avons été amenés à constater qu'une parfaite égalité juridique existe entre le vendeur et l'acheteur. L'un d'eux se dérobe-t-il à ses obligations, les droits de l'autre rétablissent aussitôt l'équilibre. Mais une pièce essentielle règle le jeu de la balance : le juge. Les droits sont exercés par l'action en justice.

Nous avons vu que l'art. 1654 donne au vendeur un droit de résolution. Est-ce à dire que le vendeur puisse, de sa seule autorité, délier le contrat ? ce serait contraire au principe suivant lequel les conventions librement formées ne peuvent être détruites que d'un consentement

réci-proque. Aussi, le texte de l'art. 1654 précise-t-il « le vendeur peut *demande*r la résolution de la vente ».

C'est donc le juge et non l'une ou l'autre partie qui résout la vente.

Ainsi de toutes contestations qui s'élèvent à l'occasion des contrats du droit privé : le juge en est l'intermédiaire nécessaire.

..

En droit administratif, au contraire, l'Administration dépositaire de l'autorité publique, a un pouvoir de décision propre. Veut-elle résilier un marché ? Point n'est besoin pour elle de recourir au juge. Elle décide. Veut-elle poursuivre un débiteur, elle prend contre lui une mesure exécutoire : l'arrêté de débet.

En effet, ce qui caractérise la juridiction administrative, c'est qu'elle n'est jamais mise en mouvement par l'Administration, mais par les particuliers contre l'Etat. Elle constitue, en quelque sorte, un tribunal d'appel contre les décisions des Ministres. Et l'on comprend que ceux-ci aient pu être considérés jusqu'en 1881 comme de véritables juges.

Par là, le droit administratif diffère essentiellement du droit civil.

Cette confusion entre les mains des Ministres d'une sorte de pouvoir juridictionnel avec l'Administration, donne aux marchés de l'Etat un caractère particulier. Les formalités y sont nombreuses, d'où une certaine solennité. Les délais y sont rigoureux, comme dans une procédure. Et

toutefois, il peut être dérogé aux clauses habituelles. Les marchés participent ainsi aux actes authentiques.

..

Les principes relatifs aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat sont contenus dans le décret du 18 novembre 1882.

Et d'abord c'est par le moyen de l'adjudication que doivent être conclus les marchés. Cette opération dont l'objet est d'assurer avec une égalité de traitement absolue entre les divers soumissionnaires, les prix les plus favorables à l'Administration, trouve sa nature juridique dans la promesse d'achat.

En droit civil, la promesse d'achat acceptée vaut vente. Il n'en est pas de même ici. Tant que le Ministre n'a pas approuvé la soumission et notifié son approbation, le contrat n'est pas formé.

Il n'y a aucun recours contre le refus d'approbation de l'autorité compétente. Mais, si une irrégularité a été commise dans les formalités de l'adjudication — bien que ces formalités soient établies dans l'intérêt de l'Administration — le Conseil d'Etat admet qu'un entrepreneur puisse se prévaloir de l'inobservation des règles pour demander l'annulation de la procédure.

Cette jurisprudence est éminemment équitable.

Il était de toute justice qu'une réparation fut accordée à l'entrepreneur qui, sur la foi des offres de l'Administration et dans l'espérance légitime que ses projets seraient régulièrement examinés, a pu exposer des frais importants dans ses études et ses travaux préparatoires.

Nous n'insisterons pas davantage sur l'adjudication, dont l'emploi ne peut être envisagé que pour des fournitures courantes, par exemple : alimentation et habillement de la troupe au Ministère de la Guerre, ou pour des travaux que de nombreux entrepreneurs sont susceptibles d'effectuer.

Bien que les marchés de gré à gré doivent, dans l'esprit et le texte du décret du 18 novembre 1882, être considérés comme l'exception, les progrès accomplis ces dernières années en mécanique, notamment en matière d'aviation, donnent à ces marchés une place prépondérante.

C'est ainsi que les marchés de fournitures du Ministère de l'Air sont passés de gré à gré en vertu de l'art. 18 du décret du 18 novembre 1882 et visent principalement les paragraphes 3°, 5°, 6° et 8° dudit article.

En l'état actuel de la construction aéronautique, en effet, le matériel volant (cellules, moteurs ou accessoires) se trouve compris dans les objets pour lesquels l'adjudication n'est pas possible :

§ 3°. — « Objets dont la fabrication est exclusivement attribuée à des porteurs de brevets d'invention ».

§ 5°. — « Objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou industriels éprouvés ».

§ 6°. — « Fabrications et fournitures qui ne sont faites qu'à titre d'essai ou d'études ».

§ 8°. — « Objets, matières qui, à raison de leur nature particulière et de la spécialité de l'emploi auquel

ils sont destinés, doivent être achetés et choisis au lieu de production »).

*
**

C'est donc plus spécialement des marchés de gré à gré que nous avons à nous occuper.

*
**

Les règles applicables aux marchés de fournitures sont exposées en détail dans les Cahiers des Clauses et Conditions Générales. La référence à ces textes des marchés particuliers les rend partie intégrante des contrats, de sorte que les Cahiers des Clauses et Conditions Générales forment pour ainsi dire un marché type dans lequel viennent s'incorporer les clauses spéciales qui individualisent tel ou tel marché.

Le plus important de ces documents est, sans conteste, le Cahier des Clauses et Conditions Générales du 1^{er} août 1921 applicable aux marchés de fournitures du Ministère de la Guerre, complété par une Instruction du 21 novembre 1921 et qui a été adopté depuis l'origine pour les marchés de l'Aéronautique. Il convient donc de faire une analyse de ce texte pour avoir un aperçu complet des marchés de fournitures.

■
**

Le titre 1^o traite de la « *passation des marchés* ». Nous ne reviendrons pas sur l'adjudication.

En ce qui concerne les marchés de gré à gré, il est procédé à une consultation préalable des fournisseurs sus-

ceptibles de livrer le matériel demandé, c'est *l'appel à la concurrence*.

Les concurrents sont invités à faire connaître leurs prix dans un délai déterminé. Une Commission examine ces offres et attribue le marché au moins disant. C'est, on le voit, une sorte d'adjudication simplifiée — aucune formalité n'y est substantielle — et restreinte — l'Administration s'adresse à tels fournisseurs qu'elle juge utile. Enfin, l'Administration n'est pas liée par les résultats de l'appel à la concurrence. Ce procédé, ainsi que nous l'avons indiqué, n'est qu'une consultation et ne comporte aucun engagement de part ni d'autre.

D'ailleurs, il est des cas où l'appel à la concurrence lui-même ne peut être employé. Un constructeur a la propriété industrielle d'un appareil, ou seulement l'exclusivité d'une fabrication. C'est à lui que l'Administration doit s'adresser. La discussion se poursuit alors entre les parties pour arriver à un accord, dont le terme final est l'approbation ministérielle.

..

Quel que soit le mode employé pour établir les marchés, des garanties sont toujours exigées des fournisseurs.

En principe, les soumissionnaires doivent être français.

Il est normal, en effet, que l'Etat, gardien de la production nationale, réserve sa clientèle à l'industrie française. Il peut exceptionnellement cependant, pour des raisons de concurrence ou de monopole, traiter avec un étranger. Dans ce cas, une autorisation ministérielle est nécessaire.

Le travail fait l'objet d'une protection spéciale. Le décret du 10 août 1899 prescrit que les Cahiers des Charges des Marchés de l'Etat devront imposer aux entrepreneurs de :

1°) Assurer aux ouvriers et employés un jour de repos par semaine ;

2°) N'employer d'ouvriers étrangers que dans une proportion fixée par l'Administration selon la nature des travaux et la région où ils sont exécutés ;

3°) Payer aux ouvriers un salaire normal égal pour chaque profession et, dans chaque catégorie d'ouvriers, au taux couramment appliqué dans la ville ou la région où le travail est exécuté ;

4°) Limiter la durée du travail journalier à la durée normale du travail.

En outre, le décret du 13 juillet 1923 prévoit l'attribution d'allocations familiales aux ouvriers employés par les entrepreneurs de travaux publics.

Dans les adjudications, les soumissionnaires doivent, en produisant leurs offres, verser un *cautionnement provisoire*, garant de leur engagement conditionnel. La même précaution peut être prise à l'égard des fournisseurs dans les marchés de gré à gré avec ou sans appel à la concurrence. Toutefois, l'Administration use rarement de cette faculté, les constructeurs auxquels elle s'adresse étant connus, notamment les constructeurs de matériel aéronautique qui sont spécialisés et qui, d'ailleurs, n'ont pu être admis à titre de fournisseurs de l'Etat qu'après agrément du Ministre de l'Air.

Un autre cautionnement, dit *cautionnement définitif*, est exigé des fournisseurs. Il consiste soit dans le dépôt d'une somme d'argent, le dixième du montant de la fourniture, à la Caisse des Dépôts et Consignations, dans les quinze jours de la notification de l'approbation du marché, soit dans l'engagement d'une caution personnelle et solidaire présentée et agréée par l'Administration dans le même délai.

Son objet est de garantir l'exécution du marché.

Sans doute, la pratique du cautionnement est sage, mais l'on n'aperçoit pas, à première vue, la nécessité d'exiger dans tous les cas une telle garantie. Par contre, il est certain qu'elle constitue une charge pour les fournisseurs de l'Etat et, par incidence, pour les crédits de l'Etat lui-même.

L'on conçoit que l'industriel non éprouvé donne des références et des gages pour l'exécution de ses obligations. Mais que l'industriel dont la situation est florissante et dont les fournitures donnent depuis longtemps entière satisfaction, soit également soumis à la règle du cautionnement, cela paraît difficilement explicable. Les pratiques du commerce s'accommoderaient mal d'une mesure qui, entre particuliers, pourrait revêtir un caractère vexatoire.

Mais précisément, nous sommes en droit administratif et les règles du commerce ne peuvent trouver ici leur application. Il faut, pour saisir le fondement juridique du cautionnement, remonter au principe que nous rappelions ci-dessus, à savoir que la juridiction administrative ne peut être mûe par l'Administration.

Le cautionnement constitue ainsi l'indemnité contrac-

tuelle due par le fournisseur défaillant. Nous verrons que les pénalités pour retards dans les livraisons présentent le même caractère. Sur la décision du Ministre liquidateur, la saisie du cautionnement est prononcée, ou encore le fournisseur et sa caution personnelle et solidaire sont poursuivis jusqu'à concurrence du montant du cautionnement.

Toutefois, cette indemnité n'est pas la limite de la réparation due par le fournisseur. Le Cahier des Clauses et Conditions Générales prévoit d'autres mesures coercitives contre le fournisseur qui manque à ses obligations.

..

La plus importante est sans nul doute la résiliation du marché.

Il convient de noter d'abord que par dérogation au droit commun en matière de vente, l'Administration a toujours le droit de résilier un marché de fournitures passé par elle. Ce droit est fondé sur l'intérêt public. Cependant, le Conseil d'Etat accorde aux fournisseurs une indemnité égale aux dépenses faites en vue de l'exécution du marché et leur alloue, depuis 1875, le bénéfice sur lequel ils pouvaient compter.

Mais, en dehors de cette dérogation dont il est fait d'ailleurs rarement usage, le Cahier des Clauses et Conditions Générales prévoit, en son art. 40, les divers cas de résiliation du marché aux torts et griefs de l'entrepreneur. Bien entendu l'énumération ci-dessous ne fait pas obstacle à l'application des règles du droit commun en ce qui concerne la résolution de la vente.

Le marché peut donc être résilié sans indemnité :

1°) Si l'entrepreneur n'a pas réalisé son cautionnement ou fait agréer une caution personnelle, quand elle est admise, dans un délai de quinze jours à dater de la notification de l'approbation du marché ;

2°) Si l'entrepreneur, dans le cas de décès, de faillite ou de mise en liquidation judiciaire de la caution, n'en a pas prévenu l'Administration dans un délai de huit jours et n'a pas présenté une nouvelle caution ou réalisé le cautionnement pécuniaire définitif ;

3°) Si les retards apportés dans l'exécution du service ou dans les livraisons, ainsi que dans le remplacement ou la représentation du matériel, des objets, matières ou effets rejetés, ou ajournés, se prolongent au delà de la limite indiquée dans le Cahier des Charges Communes ou Spéciales ;

4°) Si les rejets dépassent, soit pour la totalité la fourniture, soit pour des parties bien définies de celle-ci, une limite fixée dans le marché ;

5°) Si, sans y avoir été autorisé par le Ministre, l'entrepreneur cède son marché en totalité ou en partie, ou contracte une association quelconque pour l'exécution du service ou de la fourniture ;

6°) Si une société adjudicataire modifie sa constitution sans autorisation du Ministre ;

7°) S'il est présenté en livraison des effets ou objets dans la confection ou la fabrication desquels entrent des matières rejetées, ou si des fournitures précédemment refusées sont représentées à nouveau ;

8°) Si l'entrepreneur se livre à des actes frauduleux à l'occasion de son marché, notamment en ce qui concerne la nature, la quantité ou la qualité des marchandises.

La procédure ne comporte ni acte judiciaire ni acte extra-judiciaire. Une enquête administrative a lieu au cours de laquelle l'entrepreneur est entendu en ses observations. Si les faits relevés entrent dans les cas prévus aux paragraphes 1°, 2° et 3°, une mise en demeure préalable est adressée au fournisseur. Le Ministre décide.

C'est ici que nous voyons apparaître l'indemnité qui peut être mise à la charge du fournisseur défaillant, en réparation du préjudice causé à l'Administration. Le cautionnement y est affecté, ainsi que nous l'avons vu. Mais il se peut que le montant du préjudice soit supérieur au montant du cautionnement.

Or, il est un cas où l'évaluation du « *damnum* » est certaine. L'art. 41 du Cahier des Charges et Conditions Générales donne au Ministre la faculté de « prononcer la résiliation aux risques et périls de l'entrepreneur, cette résiliation pouvant être suivie de la passation d'un nouveau marché ou de toute autre mesure jugée utile pour assurer l'exécution du service ; les conséquences immédiates de ce marché par défaut ou des mesures dont il s'agit, sont à la charge de l'entrepreneur ».

Dans ce cas, le cautionnement répond de la différence de prix entre le marché initial et le marché par défaut et du montant des pénalités prononcées contre le fournisseur. Est-il insuffisant, le fournisseur n'en est pas moins tenu de réparer.

Les mêmes règles s'appliquent aux obligations de la caution personnelle et solidaire.

..

La gravité de la faute imputable au fournisseur — fraude ou manquements répétés à ses obligations contractuelles — peut être telle que l'Administration croit devoir ne plus s'adresser à lui. Dans ce cas, outre l'indemnité qui a pu être mise à la charge du délinquant, outre les poursuites pénales qui peuvent être intentées contre lui, s'il y a lieu, le Ministre prononce son exclusion de toute participation aux marchés de fournitures.

C'est une mesure extrême qui est motivée par des faits nés à l'occasion d'un marché, mais qui est en dehors de lui. Elle ne concerne que l'avenir.

Quant au fond, elle ne semble pas différer beaucoup de la volonté qu'aurait manifestée un particulier de ne plus s'adresser à un commerçant dont il serait mécontent.

Nous ne nous y arrêtons donc pas davantage. Mais il était nécessaire de l'indiquer, car elle forme avec le cautionnement, avec *les pénalités*, avec le droit de résiliation, un ensemble qui donne aux marchés de fournitures leur caractère propre.

..

Après avoir situé dans le droit général les contrats du droit administratif, nous avons noté la différence essentielle qui sépare les actions civiles des actions portées devant la juridiction administrative. La *décision préalable* du Ministre, telle est la clef du contentieux administratif.

Le Ministre, avons-nous dit, joue ici un rôle qui, de prime abord, peut paraître celui de juge. Mais, si la théorie du Ministre juge n'était depuis longtemps abandonnée, les notions que nous avons rappelées ci-dessus nous permettraient de conclure que, en ce qui concerne les marchés de fournitures tout au moins, le Ministre est un administrateur. C'est parce qu'il n'est pas un juge que les Cahiers des Clauses et Conditions Générales prévoient des garanties et des sanctions exorbitantes du droit commun.

En l'absence de ces stipulations expresses, l'Administration, certes, ne serait pas désarmée. Mais ses décisions, outre qu'elles risqueraient de tomber dans l'arbitraire, donneraient lieu à d'innombrables procès, l'évaluation d'un dommage ou la justesse d'une sanction pouvant toujours être contestées.

Les clauses des marchés de fournitures que l'on peut quelquefois trouver gênantes, trouvent ainsi leur explication dans les principes du contentieux administratif.

Dans les pages qui vont suivre, nous développerons plus au long ces principes, en étudiant leur application à la clause dite des « *pénalités* ».

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DES PÉNALITÉS

Nous avons parlé déjà de l'équilibre des obligations dans la vente. Les droits de l'une des parties, disions-nous, permettent de rétablir la balance quand les obligations de l'autre ne sont pas remplies.

C'est pourquoi la notion de préjudice ne se présente pas immédiatement à l'esprit. Le vendeur impayé, par exemple, use de son droit de rétention (art. 1612). Il semble, à première vue, que les choses restent en état. Il n'y a pas eu numération d'espèces, il n'y a pas livraison. Qui pourrait se prévaloir d'un dommage ?

Il est certain toutefois que l'acheteur a manqué à son obligation. Il a, par son fait, privé le vendeur du bénéfice que celui-ci pouvait escompter de la vente (*lucrum cessans*). Peut-être l'a-t-il privé, par l'immobilisation de la chose vendue, d'un placement avantageux et même de tout placement (*damnum emergens*).

La loi devait donc prévoir l'indemnisation de ce préjudice par des *dommages et intérêts* au profit du contractant lésé.

I. — DOMMAGES ET INTÉRÊTS :

CLAUSE PÉNALE DU DROIT CIVIL.

Trois conditions sont requises pour l'allocation des dommages et intérêts.

a) *L'inexécution ou le retard dans l'exécution doit avoir causé un préjudice au créancier* — argument tiré des mots « s'il y a lieu » de l'art. 1147. D'ailleurs les dommages et intérêts étant une réparation, nécessitent cet élément.

b) *L'inexécution ou le retard doit être imputable au débiteur.* — Peu importe la bonne ou mauvaise foi de celui-ci, il doit y avoir faute au sens civil du mot. C'est ce que dit en substance l'art. 1147, corroboré par le texte de l'art. 1148 qui exonère le débiteur si le cas fortuit ou la force majeure ont rendu l'exécution de son obligation impossible.

c) *La mise en demeure du débiteur est nécessaire* (art. 1146).

■
**

Ces conditions étant remplies, c'est au juge qu'il appartient de fixer le montant de l'indemnité dans les limites que lui trace l'art. 1149 : perte éprouvée, gain manqué. Toutefois, l'art. 1150 précise que « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». Le dol est ainsi une circonstance aggravante. Mais, en tout état de cause, le débiteur ne peut être tenu que des conséquences directes de sa faute.

■
**

Il existe une autre limitation aux pouvoirs du juge en la matière et c'est celle qui importe le plus au sujet que nous traitons ici.

Elle est contenue dans l'art. 1152 ainsi conçu :
« Lorsque la convention porte que celui qui manquera à l'exécution, paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

Telle est la *clause pénale* du droit civil.

Les développements qui précèdent nous permettront de définir la portée juridique de cette stipulation et de mieux comprendre ensuite le caractère des pénalités des marchés de fournitures.

..

La clause pénale de l'art. 1152 a pour objet les *dommages et intérêts* auxquels peut être tenue la partie contractante qui manque à ses obligations. « A titre de dommages et intérêts » dit le texte.

Il en résulte que les conditions énumérées ci-dessus doivent se trouver réunies pour l'indemnisation. Il faut que le créancier ait subi un préjudice du fait de l'inexécution ou du retard dans l'exécution de l'obligation, que cette inexécution ou ce retard soit imputable au débiteur, enfin que celui-ci ait été mis en demeure.

Mais ce qui caractérise la clause pénale, c'est l'évaluation forfaitaire faite *à priori* de l'indemnité. Le droit commun, nous l'avons vu, c'est l'appréciation par le juge du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*. Or, le calcul de ces éléments ne peut toujours être d'une rigueur absolue, tant les circonstances qui les conditionnent sont variables, et il est certain qu'il donne lieu à de nombreuses difficultés.

Il était donc normal que la loi laissât aux parties le soin de fixer d'avance la sanction contractuelle de leurs obligations respectives.

L'art. 1150 indiquait déjà que les dommages et intérêts devaient être ceux que l'on avait prévus ou que l'on pouvait prévoir *lors du contrat*. L'art. 1152 est la conséquence directe de ce principe. Mais ici les parties ont rendu explicites leurs prévisions, en établissant « *ne varietur* » le taux de l'indemnité.

La tâche du juge sera singulièrement simplifiée. Il constatera que les conditions exigées pour l'allocation de dommages et intérêts sont bien remplies, pour mettre à la charge du débiteur en faute la pénalité prévue.

Il est évident, toutefois, que s'il y avait dol de la part du débiteur, l'art. 1150 devrait être appliqué, et dans ce cas, le débiteur serait tenu, en outre, des dommages et intérêts qui n'ont pu être prévus lors du contrat et qui sont la *conséquence de son dol*.

..

II. — LA CLAUSE PÉNALE EN DROIT ADMINISTRATIF.

L'art. 37 du Cahier des Clauses et Conditions Générales des marchés de fournitures de la guerre, consacre en droit administratif l'application de l'article 1152 C. C.

« L'entrepreneur étant en demeure sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, toutes les livraisons non effectuées dans les délais prévus au marché, le rendent passible de retenues pour retard ; il en est de même quand des marchés de transport ou de main-d'œuvre ne sont pas exécutés dans les délais fixés.

« Ces retenues sont toujours effectuées, alors même que *le retard n'aurait causé aucun préjudice* à l'Etat ; elles ont lieu par voie de précompte sur les sommes dues à l'entrepreneur.

« Leur taux, sauf dispositions contraires du Cahier des Charges Spéciales, est fixé pour chaque jour de retard et par 1.000 francs du montant de la fourniture non exécutée à l'échéance du terme à :

50 centimes depuis le premier jour jusqu'au quarantième jour inclus ;

1 franc du quarante-et-unième au quatre-vingtième jour inclus ;

2 francs pour chacun des jours suivants.

« Leur montant ne dépassera pas, à moins de dispositions contraires du Cahier des Charges Spéciales, le dixième de la valeur totale de la fourniture faisant l'objet du marché, déduction faite de la valeur des livraisons partielles effectuées dans les délais.

« En ce qui concerne les marchés dans lesquels il est prévu des commandes et des délais de livraison périodiques, les pénalités sont réglées par commande.

« Lorsque la durée d'exécution du marché le rendra utile, le taux des pénalités ainsi que leurs délais d'application et leur maximum peuvent être modifiés par le Cahier des Charges Spéciales ».

■

La simple lecture permet de reconnaître ici le caractère essentiel de la clause pénale du droit civil, à savoir

■

l'évaluation forfaitaire, faite au jour du contrat, de l'indemnité pour inexécution (retards de livraison en l'espèce).

Nous savons, en effet, que l'objet de l'art. 1152 C. C. est d'éviter les contestations nombreuses et complexes auxquelles peut donner lieu l'appréciation des dommages et intérêts par le juge.

L'effet de l'art. 37 du Cahier des Clauses et Conditions Générales n'est pas autre. Quel que soit le préjudice causé à l'Administration par le retard du fournisseur, l'indemnité ne saurait être supérieure au taux prévu au contrat.

Le Ministre ne pourrait donc, se basant sur un dommage considérable et imprévu, mettre à la charge de l'entrepreneur, *dont le retard n'excéderait pas, d'ailleurs, la limite pouvant entraîner la résiliation du marché à ses risques et périls*, une somme plus forte.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat, statuant sur un recours contre une décision de pénalités, en réduirait à bon droit le montant à l'indemnité stipulée au marché.

Il ne semble même pas que le dol soit de nature à faire modifier le forfait, comme dans le cas de l'art. 1152 C. C. C'est que l'art. 40 du Cahier des Clauses et Conditions Générales prévoit en son § 8° la sanction des actes frauduleux : marché passé aux risques et périls de l'entrepreneur. Or, nous savons que l'indemnité, due alors par le fournisseur, se mesure, outre les pénalités encourues pour retards, à la différence de prix du premier au deuxième marché.

Le forfait, tel est ainsi le premier élément commun à

la clause pénale du droit civil et aux pénalités du droit administratif.

L'analyse permet d'en découvrir un second.

••

Nous savons qu'en droit civil, les dommages et intérêts ne sont dus que si l'inexécution de l'obligation est *imputable* au débiteur. Aux termes de l'art. 1148 C. C., celui-ci ne saurait être tenu du cas fortuit ou de la force majeure.

Cette condition tient à la nature même des dommages et intérêts. Ceux-ci étant la réparation d'un préjudice, il est indispensable qu'un lien de cause à effet existe entre ce préjudice et celui auquel on l'impute.

L'art. 1382 C. C. dit explicitement : « ...oblige *celui par lequel il (le dommage) est arrivé*, à le réparer ».

La faute contractuelle ne pouvait échapper à cette règle essentielle et c'est pourquoi la loi permet au débiteur d'invoquer à sa décharge le cas fortuit ou la force majeure.

En ce qui concerne les marchés de fournitures, le Cahier des Clauses et Conditions Générales prévoit en son art. 38 des sursis de livraison pour les événement de cette nature :

« Les événements de force majeure ou de caractère imprévu, de nature à entraver l'exécution du marché, peuvent donner lieu à la concession de sursis de livraison ou d'exécution, à condition que les faits soient signalés par l'entrepreneur au chef de service, au plus tard dans un délai de cinq jours après l'événement. Passé ce délai, l'entrepreneur sera passible de toutes les conséquences qui

pourraient résulter pour lui de retards dans les livraisons ou dans l'exécution du service.

« Si les événements de force majeure rendent absolument impossible l'exécution du contrat, celui-ci peut être résilié sur la demande de l'entrepreneur, après constatation régulière des faits par l'Administration, à laquelle ils auront dû être signalés dans les délais ci-dessus impartis. Les décisions prises pourront faire, de la part de l'entrepreneur, l'objet d'un recours au Ministre dans les conditions et délais prévus à l'art. 30.

« En cas de résiliation dans les cas prévus à l'alinéa précédent, l'entrepreneur ne pourra prétendre à aucune indemnité.

« Il ne sera jamais donné suite aux demandes de sursis provoquées par des événements de force majeure ou de caractère imprévu survenus après l'expiration des délais de livraison ».

Ce texte déroge au droit commun, en établissant une déchéance rigoureuse à l'égard du fournisseur qui n'aurait pas signalé l'événement de force majeure à l'Administration dans le délai de cinq jours : « *L'entrepreneur sera passible de toutes les conséquences qui pourraient résulter pour lui des retards dans les livraisons ou dans l'exécution du service* ».

Désormais l'entrepreneur n'est plus fondé à demander une prorogation de délais ni même une exonération de pénalités en se basant sur l'événement qu'il n'a pas dénoncé à temps. En d'autres termes, faute par l'entrepreneur de se conformer strictement aux dispositions de l'art. 38 rappelées ci-dessus, la force majeure lui est imputable.

Notons d'abord que le texte de l'art. 38, ne fait pas allusion au cas fortuit. Nous en concluons conformément à la règle « *exceptio est strictissimi interpretationis* » que le cas fortuit ne tombe pas sous le coup de la forclusion et pourrait encore être signalé à l'Administration cinq jours après l'événement ou motiver une demande d'exonération de pénalités (1).

Toutefois, il faut convenir qu'une clause aussi sévère ne peut être appliquée en fait, notamment dans l'examen par l'Administration des observations de l'entrepreneur concernant l'application des pénalités. Il ne semble même pas qu'il y ait d'exemple que des pénalités aient été appliquées lorsqu'un événement de force majeure évident a été la cause déterminante des retards, et que la dénonciation n'a pas eu lieu en temps utile.

Les arrêts du Conseil d'Etat abondent concernant la force majeure en matière de pénalités. Ils ne font pas apparaître que l'Administration ait opposé aux fournisseurs la déchéance de l'article 38 (2).

Il en résulte que, si en *droit strict*, une différence existe, sur le point de l'imputabilité, entre la clause pénale du droit civil et les pénalités du droit administratif, la pratique et la jurisprudence administrative rejoignent le droit commun.

« Considérant, dit l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 décembre 1918 — Affaire Da Cunha Mattos — que les difficultés rencontrées par le sieur Da Cunha Mattos pour

(1) Cette distinction ne vaut que pour ceux qui admettent que les cas fortuits sont les coups de la nature, les cas de force majeure étant les faits de l'homme.

(2) V. cependant C. d'E., 17 nov. 1930.

l'exécution de ses marchés n'ont pas constitué des cas de force majeure et n'étaient pas, dès lors, de nature à lui donner droit à l'exonération des pénalités pour retard stipulées dans ses contrats ».

« Considérant, dit l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 février 1919 — Affaire Lévy — qu'à l'époque où il a traité, le sieur Lévy devait faire entrer dans sa prévision les difficultés qui pouvaient tant pour la fabrication que pour le transport des marchandises, résulter de l'état de guerre ; qu'ainsi ces difficultés ne constituent pas des cas de force majeure qui puissent être invoqués dans les rapports du sieur Lévy avec l'Etat ».

« Considérant, dit l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 février 1919 — Affaire Croizat-Mermet — que le Cahier des Clauses et Conditions Générales du 16 février 1903 auquel se réfère le marché, stipule, il est vrai, dans son article 37 (1) que les événements de force majeure de nature à entraver l'exécution du contrat peuvent donner lieu à la concession de sursis de livraison, mais qu'étant donné la date à laquelle le marché a été conclu et la période fixée pour son exécution, les difficultés de transport invoquées par le requérant doivent être regardées comme rentrant parmi celles qui avaient pu être envisagées et prévues par lui lors de la signature du contrat et qu'elles ne constituent pas dès lors un cas de force majeure lui permettant de réclamer le bénéfice de l'art. 37 précité du Cahier des Clauses et Conditions Générales ».

(1) Le Cahier des Clauses et Conditions Générales du 16 février 1903 a été révisé le 1^{er} août 1921. L'art 37 est devenu l'art. 38 cité plus haut.

« Considérant, dit l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 mars 1919 — Affaire Epargne Française — qu'à l'époque où elle a traité, la Société « L'Epargne Française » devait faire entrer dans ses prévisions les difficultés qui pouvaient, tant pour la fabrication que pour le transport des marchandises, résulter de l'état de guerre, qu'ainsi ces difficultés ne constituent pas des cas de force majeure qui puissent être invoqués dans les rapports de la Société requérante avec l'Etat ».

La jurisprudence ne laisse donc aucun doute : la *force majeure* constitue une cause certaine de non imputabilité. L'arrêt du 26 février 1919 vise même l'art. 37 du Cahier des Clauses et Conditions Générales (actuellement art. 38) qui prévoit l'allocation de sursis de livraison. Or, il est remarquable que la forclusion dont nous parlions ci-dessus n'ait pas été opposée au requérant, soit que celui-ci ait suivi scrupuleusement les prescriptions de l'art. 37, soit plutôt, que l'Administration n'ait pas cru devoir exciper de ce moyen de défense. (Voir cependant sur ce point Jèze : *Théorie générale des contrats de l'Administration*, p. 290).

..

En dehors du cas fortuit ou de la force majeure, il existe une cause de non imputabilité que l'on rencontre fréquemment dans la pratique administrative et dans la jurisprudence. C'est *le fait de l'Administration*.

Ici encore le lien de causalité fait défaut entre le retard ou l'inexécution et les agissements du débiteur. Mais il y a plus. Si la réparation avait été accordée au créancier, celui-ci eût été tenu à son tour de réparer le

préjudice qu'il aurait, par son propre fait, causé au débiteur. L'opération aurait donc abouti à faire supporter l'indemnisation par celui qui devait en bénéficier. C'est pourquoi, juridiquement, le débiteur devait être déchargé.

L'arrêt « Da Cuhna Mattos » du 18 décembre 1918, déjà cité, vise ce moyen.

De même, l'arrêt « L'Epargne Française » du 12 mars 1919 :

« Considérant que, d'autre part, les allégations de la Société demanderesse concernant les agissements reprochés aux gestionnaires du magasin central de Bordeaux, ne sont appuyées d'aucun commencement de preuve ; qu'ainsi les moyens de droit tirés de la faute de l'Etat ne sauraient être accueillis ».

Indemnité forfaitaire, imputabilité, la clause pénale du droit civil et les pénalités du droit administratif sont identiques sur ces deux points.

Poursuivant le parallèle que nous avons esquissé, nous essayerons de marquer maintenant les différences qui séparent les deux institutions.

..

La portée de l'art. 1152 du Code Civil est générale. Ce texte vise *tout manquement* à l'exécution des contrats. L'indemnisation qu'il prévoit est du dommage subi. Or, les notions que nous avons rappelées plus haut concernant les dommages et intérêts nous ont permis de trouver en eux une compensation faite par le juge entre les parties. Dans l'hypothèse de l'art. 1152 cette compensation est évaluée d'avance par les intéressés, mais il est évident que

sa nature juridique est la même et qu'elle s'analyse dans la perte éprouvée et le gain manqué dont parle l'art. 1149.

L'art. 37 du Cahier des Clauses et Conditions Générales est plus limité. Il se borne à sanctionner les retards de livraison. Le texte est formel : « les livraisons non effectuées dans les délais prévus au marché le rendent (le fournisseur) passible de retenues pour retards ». L'on ne pourrait donc étendre son application à la non exécution des autres clauses du marché.

Mais nous avons vu au Chapitre I, que d'autres sanctions existaient contre le fournisseur défaillant, notamment la résiliation du marché et la conclusion d'un nouveau marché à ses risques et périls (art. 41 du Cahier des Clauses et Conditions Générales).

L'article 37 ne contient donc pas toutes les modalités suivant lesquelles l'Administration peut être indemnisée du préjudice que lui cause la non exécution du contrat. Mais cette réparation résulte de l'ensemble des dispositions déjà exposées et dans lesquelles prennent place les « pénalités ».

L'art. 37 diffère ainsi du forfait prévu par l'art. 1152 C. C. qui couvre, sauf, bien entendu, stipulations contraires des parties le préjudice subi par le créancier du fait de tous les manquements du débiteur dans l'exécution du contrat.

..

Une des conditions essentielles à l'allocation des dommages et intérêts en droit civil c'est le *préjudice*. L'inexécution d'un contrat qui ne causerait aucun dommage au

créancier ne pourrait donner lieu à réparation. Celle-ci n'aurait pas sa raison d'être.

La clause pénale du Cahier des Clauses et Conditions Générales, au contraire, stipule expressément : « Ces retenues sont toujours effectuées, *alors même que le retard n'aurait causé aucun préjudice à l'Etat* (1) ».

Il y a là une dérogation importante au droit commun qui donne aux pénalités du droit administratif un caractère d'*astreinte*. L'entrepreneur qui n'effectuera pas ses livraisons dans les délais convenus, sera frappé d'une amende. Il semble même, à première vue, que l'indemnité mise à la charge du débiteur ait ici sa cause dans le seul manquement à son obligation de livrer. Le moyen terme de l'art. 1382 C. C. « qui cause à autrui un dommage... » fait défaut.

Il convient de rechercher le fondement juridique d'une telle dérogation. Y a-t-il absence de tout préjudice ?

Deux parties conviennent que l'inexécution par l'une d'elles d'une clause contractuelle entraînera de plein droit

(1) En ce sens, Conseil d'Etat Schneider et C^{ie}, 3 juillet 1912, *Lebon*, p. 767 ; Société des Usines Bouhey, 23 avril 1913, *Lebon*, p. 459.

Il y a lieu de citer également le rapport général de la Commission extra-parlementaire Boulanger qui, en 1895, a étudié l'ensemble des conditions à imposer aux titulaires des marchés de l'Etat : « D'après la jurisprudence, les retenues stipulées pour retards sont acquises à l'Etat, sans qu'il soit nécessaire de justifier que le retard lui a causé un préjudice effectif. Des réclamations se sont élevées à ce sujet et il a été demandé que les retenues fussent effectuées seulement dans le cas où il y aurait dommage causé à l'Etat et faute de l'entrepreneur. La Commission ne pense pas qu'une disposition semblable puisse être admise. Elle ferait disparaître tous les avantages de la retenue prescrite précisément pour éviter les difficultés de la constatation judiciaire d'un préjudice et ne laisserait à l'Etat que la faculté de droit commun de réclamer des dommages-intérêts. »

et sans qu'il y ait lieu de démontrer un préjudice quelconque, l'allocation pour l'autre d'une indemnité déterminée. Quelle est la portée d'une stipulation de ce genre ?

Nous savons que la partie lésée, doit recourir au juge pour réclamer l'indemnité à laquelle elle prétend. Conformément au principe « *Actori incumbit probatio* », elle doit administrer la preuve du dommage qu'elle a subi.

Dans le cas de notre stipulation, cette preuve n'a pas à être produite. Le juge doit allouer l'indemnité par cela seul que l'inexécution du contrat est établie.

Il ne s'ensuit pas cependant qu'aucun préjudice n'ait été causé. Les parties ont même convenu que ce préjudice existerait *par le seul fait de l'inexécution* de telle ou telle clause contractuelle. Elles ont évalué le montant de ce préjudice. Une seule chose nous éloigne ici du droit commun, c'est la preuve de ce préjudice.

En d'autres termes, les parties ont établi une présomption que ne pourrait détruire la preuve contraire. L'indemnité, dans notre espèce, a donc son fondement dans le *préjudice présumé*.

Tel nous paraît être le sens de l'art. 37 du Cahier des Clauses et Conditions Générales.

Mais, objectera-t-on, le texte est formel : « alors même que le retard *n'aurait causé aucun préjudice* », la notion même de préjudice se trouve donc exclue des pénalités et l'on ne saurait y trouver leur fondement.

A s'en tenir aux apparences, cette objection peut sembler sérieuse. Elle disparaît à l'examen.

Remarquons d'abord que la portée de ce texte ne serait pas autre s'il s'exprimait ainsi : « en aucun cas l'Etat

n'aura à exciper du préjudice que lui cause le retard du fournisseur ». C'est encore l'administration de la preuve qui est écartée ici.

Sans doute, la formule de l'article 37 est plus énergique. Même si l'absence de préjudice était prouvée, les pénalités seraient dues. N'est-ce pas dire qu'une présomption irréfragable est établie, à savoir que le retard du fournisseur est, *par lui-même*, une cause de préjudice pour l'Etat.

C'est, en effet, à cette conclusion que nous devons aboutir si nous considérons le caractère *d'intérêt public* qui s'attache aux marchés de fournitures.

L'Etat, lorsqu'il commande du matériel pour les besoins de la défense nationale ou pour le fonctionnement d'un service public, agit toujours dans l'intérêt général. Tel est son rôle essentiel.

La défense nationale, en particulier, exige de la part de l'Administration, une attention soutenue. L'exécution des marchés de fournitures est ici d'une importance capitale. Il est indispensable que les fournisseurs des Départements de la Guerre, de la Marine, de l'Air, soient d'une exactitude parfaite. Des conséquences trop graves peuvent résulter de leurs retards.

D'une manière générale, le bon fonctionnement des services publics ne doit en rien être gêné, et les fournisseurs auxquels s'adresse l'Administration doivent exécuter scrupuleusement leurs obligations. Y manquer, c'est, pour eux, *causer un préjudice à l'intérêt public*.

C'est ce préjudice latent que les pénalités ont pour objet de réparer, en ce qui concerne les retards de livraison.

La différence entre le droit civil et le droit administratif, sur la question du préjudice subi par le créancier dans l'indemnisation, est ainsi plus apparente que réelle, et se résout en définitive à une question de preuve.

»
**

« Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer » (Article 1146 C. C.).

La loi exige qu'il soit juridiquement constaté que le retard du débiteur cause un préjudice au créancier. Le silence de celui-ci est considéré comme un assentiment tacite à la non exécution immédiate du contrat. Il est nécessaire qu'un acte intervienne pour marquer la volonté expresse du créancier. C'est la *mise en demeure*, qui résulte d'une sommation ou d'un autre acte équivalent.

Toutefois, les parties peuvent stipuler que le débiteur sera en demeure « sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme » (Art. 1139 C. C.). Dans ce cas le débiteur se trouve interpellé par anticipation. L'arrivée du terme vaut sommation.

C'est à ce moyen que s'est arrêté l'art. 37 du Cahier des Clauses et Conditions Générales : « L'entrepreneur étant en demeure *sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme*, toutes les livraisons non effectuées dans les délais prévus au marché le rendent passible de retenues pour retards ».

L'on comprendra aisément le motif qui a conduit

l'Administration à adopter cette règle. Le nombre considérable de marchés passés par les Services de l'Etat eût donné lieu à des interpellations multiples. Il était plus simple et plus rapide que la *demeure* du fournisseur résultât de l'échéance du terme.

Il faut noter cependant que cette solution n'est pas généralisée dans le Cahier des Clauses et Conditions Générales. C'est ainsi que l'art. 40 de ce document prévoit que dans certains cas, la résiliation « ne peut être prononcée qu'après une mise en demeure restée sans effet qui aura été adressée administrativement à l'entrepreneur et à sa caution s'il y a lieu ».

..

La jurisprudence du Conseil d'Etat sur la « *demeure* » des fournisseurs de l'Etat en matière de pénalités est pleine d'intérêt. Il ressort, en effet, de certains arrêts, ce principe que les circonstances dans lesquelles le marché a été passé peuvent suffire à faire considérer l'entrepreneurs comme étant en demeure par la seule échéance du terme.

« Considérant, dit l'arrêt Lévy, du 5 janvier 1919, déjà cité, que le contrat prévoyait l'obligation imposée au fournisseur de livrer les marchandises à certaines dates « au plus tard » et la fixation, en cas de retard, d'amendes exceptionnellement élevées, qu'il résulte ainsi de l'ensemble des clauses du marché et de l'époque à laquelle a été conclu le marché destiné à parer à des besoins de guerre urgents que la livraison des marchandises dans les délais de rigueur était la condition essentielle de la con-

vention, et que, par suite, le sieur Lévy était en demeure par la seule échéance du terme ».

Ces motifs sont textuellement reproduits dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 mars 1919 — Affaire Epargne Française — déjà cité (1).

« Considérant, dit l'arrêt du 13 juin 1923 — Société des Anciens Etablissements Millot — que la dispense de la mise en demeure ne saurait résulter que de la volonté explicite formulée par les parties ou déterminée par le juge d'après les circonstances particulières de chaque affaire en tenant compte, notamment, de la nature du contrat et des termes employés pour la stipulation de la clause pénale... »

Ces arrêts concernent des marchés de la période de guerre. Bien qu'alors le Cahier des Clauses et Conditions Générales ait contenu la clause de mise en demeure de l'actuel article 37, la référence à ce texte ayant été omise dans les marchés en cause, il s'ensuivait que le droit commun devait s'appliquer et que l'interpellation du débiteur était nécessaire pour mettre celui-ci en demeure.

Or, il est remarquable que le Conseil d'Etat, malgré l'insuffisance des textes, ait trouvé dans les circonstances — exceptionnelles, il est vrai — qui entouraient la conclusion de ces contrats, l'équivalence d'une clause explicite de mise en demeure.

« ... La livraison des marchandises dans les délais de rigueur était la condition essentielle de la convention... »

(1) L'on peut citer dans le même sens les arrêts suivants du Conseil d'Etat : Léonard, 31 décembre 1919 ; Chalas, 27 mars 1920 ; Haillot, Delcourt et C^{ie}, 12 juillet 1920.

Seul le caractère d'intérêt public qui s'attachait aux marchés de guerre pouvait motiver une dérogation aussi importante à l'art. 1146 C. C. En droit civil, en effet, le manquement du débiteur à la condition essentielle d'un contrat justifierait la résolution de ce contrat et l'allocation de dommages et intérêts. Mais le juge ne pourrait suppléer à l'absence de la clause de mise en demeure ou au défaut d'interpellation du créancier.

Les motifs du Conseil d'Etat sont donc des motifs de haute opportunité qui trouvent leur justification dans le caractère d'intérêt public qui dominait et absorbait les obligations du débiteur. Les règles du droit civil devaient s'incliner devant les nécessités impérieuses de la guerre.

..

Il convient enfin de rappeler ici le pouvoir de décision qui appartient à l'Administration dans le contentieux administratif et que nous avons exposé au chapitre I.

Tandis qu'en droit privé, les parties doivent recourir au juge pour régler leurs litiges, et, lorsqu'il s'agit de la clause pénale de l'art. 1152, pour mettre à la charge du débiteur défaillant les dommages et intérêts stipulés dans la convention, en droit administratif, c'est le Ministre qui de sa propre décision applique les pénalités.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point dans les chapitres qui vont suivre.

Il faut signaler du moins le mode suivant lequel l'Administration est remboursée des pénalités dues par le fournisseur ou, en d'autres termes, comment s'opère la compensation en droit administratif.

D'une manière générale, la compensation ne peut exister que si les dettes sont de part et d'autre liquides et exigibles.

Si l'une des sommes dues n'est pas liquide, s'il s'agit de dommages et intérêts, par exemple, que le débiteur prétend lui être dus par son créancier, c'est le juge qui doit opérer la liquidation et la compensation.

En droit administratif, c'est le Ministre qui liquide le montant des dommages et intérêts dus à l'Etat, et la compensation peut dès lors avoir lieu entre les dettes.

C'est suivant ce principe que les pénalités sont compensées avec les sommes dues aux fournisseurs.

**

Nous pouvons maintenant dégager avec précision la nature juridique des pénalités.

L'étude comparative de l'art. 1152 du Code Civil et de l'art. 37 du Cahier des Clauses et Conditions Générales nous a permis de découvrir la relation très étroite qui existe entre leurs dispositions.

1°) La clause pénale du droit administratif comme celle du droit civil, a pour objet de simplifier les relations entre les parties, en fixant forfaitairement le montant des dommages et intérêts dus pour manquement à une obligation contractuelle.

2°) Les règles de l'imputabilité sont les mêmes. Le fournisseur qui n'exécute pas ou qui exécute en retard est présumé en faute. Il est libéré en prouvant la force majeure ou le cas fortuit.

3°) Aux termes de l'art. 37, le préjudice peut ne pas exister pour l'Etat. Mais nous avons vu qu'il s'agissait plutôt d'une question de preuve, le seul retard du fournisseur étant réputé (présomption irréfragable) causer un préjudice.

4°) Les règles concernant la mise en demeure sont celles du droit civil.

5°) C'est en ce qui concerne l'application même des pénalités qu'apparaît la différence essentielle qui sépare le droit administratif du droit privé : la décision du Ministre dans un cas, l'arbitrage du juge dans l'autre.

*
*

« Tel est le caractère juridique des pénalités, tel est leur régime juridique.

« Les pénalités sont ainsi des dommages et intérêts fixés à forfait par le consentement des parties, appliquées par le Ministre mais sous le contrôle judiciaire du Conseil d'Etat statuant au contentieux. » (1)

(1) Rapport en date du 28 mai 1918, de M. le Professeur Jèze au Ministère de l'Armement.

CHAPITRE III

UTILITÉ DE LA CLAUSE PÉNALE DANS LES MARCHÉS DE FOURNITURES

I. — L'ABSENCE DE CLAUSE PÉNALE

L'on peut envisager le cas où la clause des pénalités n'est pas inscrite dans un marché de fournitures, soit que le Cahier des Clauses et Conditions Générales ne soit pas visé au contrat, soit qu'une disposition formelle, l'application de l'article 37 soit explicitement écartée.

Quelle est alors la sanction du retard du fournisseur, ou plus généralement de l'inexécution totale ou partielle de ses obligations ?

Monsieur le Professeur Jèze dans le rapport présenté le 28 mai 1918 à la Commission des Contrats du Ministère de l'Armement et des Fabrications de Guerre (1) analyse cette hypothèse :

« Il est arrivé parfois que l'Administration sur la demande instante d'un fournisseur n'ait pas inscrit dans le marché de clause relative aux pénalités. La question s'est alors posée de savoir quel était le régime applicable en cas de retard ou d'inexécution totale ou partielle des obligations contractées par le fournisseur.

(1) Rapport déjà cité au chapitre précédent.
V. également Jèze, *op. cit.*, p. 314 et s.

« Il ne peut pas y avoir de doute sur ce point : deux principes sont incontestables.

« 1^o *Principe*. — Une convention, un marché ne peuvent pas être juridiquement valables si les parties conviennent que leurs obligations respectives n'auront pas de sanctions. Cela reviendrait à dire que le fournisseur par exemple s'engage à livrer, s'il le veut bien « si voluero » dans les délais qui lui conviennent. Cette promesse, affectée d'une condition purement potestative, est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une et de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ». Et l'article 1174 ajoute : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

« Ceci posé, il est à présumer que les parties contractantes ont voulu s'obliger juridiquement ; il s'ensuit que la non inscription dans les marchés d'une clause de pénalités ne signifie pas l'inscription dans le contrat d'une condition potestative. Qu'est-ce que cela signifie donc ? Cela signifie : qu'on appliquera le droit commun.

« C'est, au surplus, la solution consacrée par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

« Le Conseil d'Etat a posé très nettement le principe fondamental dans l'arrêté Deplanque du 31 mai 1907, en adoptant les conclusions du Commissaire du Gouvernement M. Romieu. « Si le contrat, a déclaré M. Romieu, tout en fixant les obligations des parties, a omis de spécifier les sanctions correspondantes, il n'en résulte pas qu'il n'y

ait pas de sanctions. Toute obligation contractuelle comporte une sanction, à défaut de règles particulières édictées par le contrat, c'est le droit commun qu'il faut appliquer. Le droit commun, c'est ou la rupture du contrat ou la condamnation à des dommages intérêts selon la gravité des inexécutions qu'il appartient au juge d'apprécier. »

« Et le Conseil d'Etat dans l'arrêt Deplanque du 31 Mai 1907 a adopté cette thèse en décidant : si aucune sanction de ces faits n'a été expressément prévue au Cahier des Charges, ils n'en constituent pas moins, de la part de l'entrepreneur, l'inexécution de ses obligations et sont de nature à motiver l'allocation d'une indemnité à la Ville de N..... à raison du préjudice qui en est résulté pour elle. »

« Cet arrêt nous indique le deuxième principe applicable au cas envisagé.

« 2° *Principe.* — Lorsqu'un marché ne prévoit pas de pénalités le droit commun s'applique. En d'autres termes, suivant le cas, le marché sera résilié, ou s'il est maintenu, le fournisseur devra des dommages intérêts à l'Etat. Mais ces dommages intérêts, il ne les devra que s'il y a préjudice. Par contre, le fournisseur devra réparer tout le préjudice causé.

« D'une manière plus précise, le fournisseur en retard ou qui n'exécute pas est présumé en faute, c'est à lui à invoquer régulièrement et à prouver régulièrement le cas fortuit ou la force majeure : à défaut de cette preuve, le fournisseur peut encourir les sanctions du droit commun ; la résiliation avec dommages intérêts ou simplement des dommages intérêts. Mais le Ministre ne peut réclamer de

dommages intérêts que s'il peut prouver que l'Etat a subi un préjudice du chef du retard ou de l'inexécution du contrat, et le montant des dommages intérêts à mettre à la charge du fournisseur sera le quantum du préjudice éprouvé par l'Etat.

« Pratiquement, comme nous sommes en matière administrative, le Ministre prendra une décision par laquelle il mettra un certain quantum de dommages intérêts à la charge du fournisseur, que le fournisseur acquittera par *une retenue* sur le montant de son marché. Si le fournisseur conteste la résiliation ou le principe ou le quantum des dommages intérêts, il devra attaquer la décision du Ministre par un recours contentieux devant le Conseil d'Etat.

« Voilà le droit commun. Comparons-le avec le régime des pénalités.

« On constate que le régime des pénalités est plus avantageux pour les deux parties contractantes : le fournisseur et l'Etat. Pour l'Etat, l'avantage est de ne pas avoir à prouver le préjudice ni le montant du préjudice.

« Pour le fournisseur, l'avantage très considérable est de n'avoir à payer qu'un forfait, connu à l'avance, quel que soit le préjudice causé à l'Etat.

« Pour les deux parties, le régime des pénalités a pour but et pour résultat de réduire le contentieux au minimum et en cas de procès de ne soumettre aux juges qu'une question simple, relativement facile à résoudre, celle du cas fortuit ou de la force majeure allégué par le fournisseur, et de résoudre à l'avance la question très

difficile et très aléatoire, pour les deux parties contractantes du préjudice et du quantum du préjudice. »



II. — AVANTAGES DU FORFAIT

S'il est difficile au juge civil d'évaluer d'une façon certaine le préjudice subi par l'une des parties, combien plus grande serait la difficulté pour l'Administration.

Lorsque les parties, en effet, se présentent au juge pour la fixation de dommages et intérêts, l'on peut dire que l'égalité parfaite des contractants permet d'apprécier jusqu'à quel point le fait ou l'inaction de l'un a nui aux intérêts de l'autre. Ce sont des intérêts privés qui se trouvent face à face. Le « *damnum emergens* » et le « *lucrum cessans* » se traduisent en fin de compte par un chiffre à inscrire au passif de celui qui est en faute et à l'actif de celui qui a subi le préjudice.

Tout autre est l'aspect d'un litige entre un particulier et l'Administration. Celle-ci, même dans les contrats où elle agit comme le ferait un particulier, ne peut être considérée sans ses prérogatives essentielles. Or, *la notion d'intérêts public est inséparable de l'Administration.*

Apprécier, dans ces conditions, le préjudice que les retards de livraison d'un fournisseur ont pu causer à l'Administration, c'est comparer l'intérêt privé à l'intérêt public. Il est hors de doute que le rapport entre ces deux éléments est impossible à établir, car la répercussion immédiate d'un fait quelconque sur la gestion de la chose publique peut être d'une importance telle qu'elle compromette le fonctionnement d'un service public.

En temps de guerre, notamment, la non livraison de matériel d'armement aux dates prévues aux contrats n'est-elle pas susceptible d'entraver la marche d'une opération militaire.

Un tel préjudice peut-il être évalué et ne risquerait-on pas devant l'énormité de son indemnisation éventuelle de n'en pas poursuivre la réparation ?

Les pénalités ont ce résultat heureux, par la fixation d'un forfait, d'éviter l'excès de sévérité autant que l'excès d'indulgence.

..

Les avantages du système des pénalités ont été particulièrement appréciés au Ministère de la Guerre. Nous croyons devoir reproduire ci-après les observations que nous y avons recueillies à ce sujet.

« Serait-il équitable de faire dépendre l'application des pénalités d'un élément indépendant du fait du fournisseur, qui est le préjudice causé au Service par le retard apporté à la livraison ?

« La limitation à 10 % du maximum des pénalités est par ailleurs de nature à donner au fournisseur la garantie que sa responsabilité pécuniaire ne sera jamais engagée dans une mesure excessive. Le régime du droit commun comporterait pour le fournisseur un aléa plus dangereux puisqu'aucune limitation n'existerait dans la fixation des dommages et intérêts.

« On ne peut méconnaître que le système de pénalités a au moins l'avantage de stimuler l'activité et le zèle du fournisseur puisque, en dehors des cas de force majeure,

tout retard dans les livraisons se traduit par une diminution de ses bénéfices.

« Sans doute, les fournisseurs tiennent compte dans leurs offres de prix de l'application éventuelle de pénalités. Notamment, dans les circonstances actuelles (1), où les conditions économiques sont profondément troublées, le fournisseur le plus sérieux peut, malgré ses efforts et les précautions qu'il a prises, être amené à dépasser les délais stipulés sans qu'il y ait cas de force majeure proprement dit, et être, par suite, passible de pénalités. C'est un aléa dont un fournisseur doit envisager les conséquences, mais on ne saurait en conclure qu'il met toujours à la charge de l'Etat, sous forme de majoration de prix, le montant des pénalités éventuelles.

« Le désir d'obtenir le marché, l'espoir d'arriver à livrer en temps voulu, poussent le fournisseur à n'en considérer l'application que comme un accident qui, au pis aller, ne fera que diminuer son bénéfice.

« En tous cas, s'il résultait du système des pénalités une légère majoration de prix, on devrait la considérer comme une prime payée par l'Etat pour garantir l'observation des délais d'exécution. Or, dans les circonstances présentes, il importe au plus haut point à l'Administration militaire de pouvoir disposer dans les délais escomptés, des fournitures dont elle a besoin, et il serait imprudent d'écarter, malgré le paiement d'une prime, à coup sûr peu élevée, un moyen d'action qui a fait ses preuves.

« Sans doute, la clause pénale n'empêche pas certains

(1) Période de guerre.

fournisseurs d'être coutumiers de retards. Il appartient alors à l'Administration d'appliquer les moyens de coercition dont elle dispose, notamment la résiliation du marché aux risques et périls du fournisseur lorsque le retard dépasse la limite indiquée au contrat, et au besoin l'exclusion des marchés.

« Il est à remarquer, au surplus, qu'en droit commun, tout commerçant doit envisager le paiement de dommages et intérêts envers son cocontractant pour le cas où, par suite de retards, ce dernier aurait éprouvé un préjudice. Il ne manque pas de faire état de cette éventualité dans ses offres, et la majoration de prix qui en résulte ne saurait être de beaucoup inférieure, si elle l'est, à celle résultant de la clause pénale.

« Au début de la guerre, les services de l'Administration militaire avaient généralement renoncé à l'insertion d'une clause de cette nature. L'expérience ne tarda pas à prouver les inconvénients de cette manière de faire et le 15 octobre 1915, le Ministre de la Guerre dut prendre la décision suivante :

« Une clause instituant des pénalités en cas de retard devra être désormais insérée, conformément à la réglementation normale, dans tous les marchés. »

« Toutefois, pour ne pas écarter certaines offres intéressantes, la décision en question disposait :

« Il ne sera fait exception à cette règle que s'il est impossible de traiter dans ces conditions sans augmentation de prix. Les exceptions de cette nature devront être spécialement motivées par le service intéressé et, dans ce cas, le marché devra prévoir le droit pour l'Etat de prononcer, en

cas de retard, la résiliation par la seule échéance du terme de livraison ».

« Ainsi, par ce moyen, on évitait une majoration abusive des prix et une diminution de la concurrence, diminution d'autant plus à éviter que les offres sont actuellement généralement inférieures aux demandes. Il est fait usage de cette faculté quand il y a lieu.

« Le système des pénalités ne saurait être abandonné que si l'Administration de la Guerre disposait d'autres moyens de coercition d'une efficacité certaine ».

**

III. — CRITIQUES. — AUTRES MOYENS PROPOSÉS

Des critiques ont été néanmoins formulées contre ce système :

1°) Le décompte des pénalités, dit-on, est un travail long et minutieux. Ce travail est rendu inutile toutes les fois que le Ministre décide soit de ne pas appliquer les pénalités, soit d'en réduire le quantum.

Nous avons déjà vu au chapitre II que des sursis de livraison peuvent être accordés en cas de force majeure ou de caractère imprévu de nature à entraver l'exécution du marché.

En élargissant cette notion du sursis, les délais peuvent être prorogés lorsque le fournisseur prouve un motif légitime de retard. C'est ainsi d'ailleurs qu'est fixée la pratique administrative et la faculté d'accorder des délais supplémentaires dans la limite de 30 jours est même laissée aux chefs des services extérieurs.

2°) Les pénalités ne constituent pas une sanction suffisante pour assurer la régularité des livraisons. Pour prévenir les retards inévitables de certains fournisseurs, les Services ne risquent-ils pas d'évaluer trop largement leurs besoins et de commander plus qu'il ne leur faut ?

On peut répondre ici que d'autres sanctions sont prévues au contrat : résiliation et même exclusion du fournisseur de toute participation aux marchés (art. 40 du Cahier des Clauses et Conditions Générales).

3°) Les pénalités ont pour résultat une majoration du prix des fournitures, les fournisseurs se couvrant par avance de leur éventualité.

Nous avons déjà rencontré cette objection. En définitive, la majoration de prix que les pénalités peuvent occasionner à l'Etat ne sont pas supérieures à celles qui résultent pour les parties en droit privé de l'éventualité de dommages et intérêts.

4°) Ne peut-on craindre que la clause des pénalités, étrangère aux pratiques du commerce, éloigne des marchés les fournisseurs sérieux ?

La Commission des Contrats au Ministère de l'Armement et des Fabrications de Guerre émettait à ce sujet, le 28 mai 1918, l'avis suivant :

« La Commission des Contrats qui, depuis sa création en septembre 1915, a examiné plus de 26.000 affaires, n'a pas constaté que la crainte des pénalités ait écarté les fournisseurs sérieux. D'ailleurs, il n'est pas difficile au Service de prouver au fournisseur qui ne se rendrait pas un compte exact du mécanisme des pénalités, que ce régime lui est beaucoup plus avantageux que le régime du

droit commun et que le contentieux pouvant résulter des retards ou inexécution serait pour lui beaucoup plus aléatoire sans pénalité qu'avec le système de dommages et intérêts forfaitaires. »

..

D'autres sanctions ont été envisagées pour remplacer les pénalités : résiliation du marché dans des conditions plus sévères ; réparation par le fournisseur du préjudice causé ; exclusion des marchés des fournisseurs livrant habituellement en retard.

1°) L'article 40 du Cahier des Clauses et Conditions Générales prévoit la résiliation du marché aux risques et périls du fournisseur « si les retards se prolongent au-delà de la limite indiquée dans le Cahier des Charges Communes ou Spéciales ».

L'on peut ainsi prévoir la résiliation du marché faute d'exécution soit lors de l'échéance du terme assigné, soit à une date légèrement postérieure.

Mais la résiliation des contrats est une mesure extrême. Le Code Civil ne l'admet, en dehors du consentement mutuel des parties, que prononcée par le juge à la demande de l'une d'elles. L'on ne peut donc y avoir recours que lorsque la mauvaise volonté d'un fournisseur est manifeste et après un délai de grâce tacite.

D'ailleurs, dans certains cas, la résiliation n'est pas une solution. L'approvisionnement d'un matériel breveté, par exemple, ne peut se faire que chez le détenteur du brevet ou chez ses licenciés. Si le matériel commandé est

indispensable, l'Administration ne sera-t-elle pas dans l'obligation de poursuivre l'exécution de son marché ?

Le bouleversement des conditions économiques causé par la guerre ayant eu pour effet de restreindre notablement la concurrence, l'Administration, pendant les hostilités, n'a pu, en fait, recourir à la clause de résiliation qu'avec beaucoup de modération.

En définitive, la résiliation à la seule échéance du terme apparaît comme trop rigoureuse et difficilement applicable.

..

2°) L'on a proposé encore de substituer aux pénalités la réparation du préjudice causé à l'Etat.

Dans ce cas, le Ministre mettrait à la charge du fournisseur un certain quantum de dommages et intérêts.

Cette hypothèse a été envisagée par l'Administration de la Guerre :

« Les difficultés de fait et de droit que rencontrerait l'évaluation précise du dommage matériel causé à l'Etat ont été exposées plus haut.

« Il convient d'ajouter :

« a) Que malgré les divers éléments d'appréciation dont l'Administration peut disposer, il y aurait toujours une part d'arbitraire dans l'évaluation de ce dommage.

« b) Que la détermination du montant des dommages et intérêts à réclamer occasionnerait aux services administratifs un travail aussi considérable et infiniment plus

délicat que le calcul, au demeurant fort simple, nécessité par le décompte des pénalités.

« c) Qu'en ce qui concerne les marchés de travaux, il serait nécessaire de s'adresser au Conseil de Préfecture pour constituer l'entrepreneur débiteur (Conseil d'Etat, Bigle 19 février 1880, Lebon p. 153).

« d) On croit devoir insister tout particulièrement sur l'accroissement considérable de recours contentieux qui se produiraient infailliblement si, à défaut de clause pénale, le montant du dommage causé était fixé par le Ministre et imputé au fournisseur en retard.

« Dans le système des pénalités, en effet, il ne peut y avoir de discussion sur le principe de la pénalité, lorsque le fournisseur ne peut invoquer un événement de force majeure, ni sur le quantum de cette pénalité résultant d'un calcul simple, basé sur les termes mêmes du marché, le nombre des jours de retard, la valeur des fournitures non livrées.

« Renoncer à cette procédure serait provoquer évidemment d'interminables controverses sur le préjudice causé par le retard, et inciter les fournisseurs à former des recours en Conseil d'Etat ».

..

3°) L'exclusion des fournisseurs est une mesure qui est prévue par l'article 40 du Cahier des Clauses et Conditions Générales.

Pourrait-on envisager de l'appliquer indistinctement à tous les fournisseurs livrant habituellement en retard ? Elle constituerait, comme la résiliation d'un marché, une

sanction rigoureuse et par cela même risquerait de n'être pas appliquée. En outre, elle ne serait pas toujours possible ni efficace.

Qu'il s'agisse par exemple, comme c'est le cas dans la plupart des marchés de l'Aéronautique, de matériels brevetés, il est évident que l'Administration ne peut s'adresser à d'autres constructeurs qu'à l'inventeur ou au propriétaire du brevet.

Sans doute, par l'achat de licences de fabrication (1) et même de la propriété industrielle inscrit dans les marchés de prototypes, l'Etat peut demander à un autre fournisseur d'entreprendre la construction d'appareils en série, et, certes, il est fait usage de ce droit en vue de provoquer la concurrence. Mais il est indispensable, dans ce cas, que l'emploi de l'appareil commandé soit généralisé et que des commandes nombreuses de ce type soient envisagées dans le présent et dans l'avenir. Or, les progrès rapides et incessants de l'aviation ne permettent pas des prévisions à longue échéance. Tel type d'avion de chasse, d'observation, de bombardement qui peut être considéré comme le meilleur aujourd'hui, sera dépassé demain. Il serait donc téméraire d'organiser en grand la fabrication d'un type déterminé puisque l'emploi de ce type ne peut être assuré dans un avenir même rapproché.

L'Administration de l'Air use des licences pour faire

(1) Dans les marchés passés par le Ministère de l'Air pour la construction et la fourniture d'appareils nouveaux, il est stipulé que l'Etat acquiert la propriété industrielle de l'invention. Il est, en outre, prévu que dans le cas où l'Etat ferait construire par des tiers des appareils de ce type, une redevance de licence serait payée à l'inventeur.

jouer la concurrence, mais elle doit agir avec beaucoup de modération. La constitution d'un outillage nouveau par un constructeur est très onéreuse. L'amortissement de cet outillage ne peut se faire que sur de grandes séries. Qu'un type d'appareil plus perfectionné apparaisse, la construction du précédent est abandonnée, l'outillage devient périmé. L'Etat étant pratiquement le seul client de l'industrie aéronautique, devra, en définitive, supporter — au moins en partie — l'amortissement d'un outillage désormais inutile.

L'on comprend dès lors que l'exclusion des fournisseurs livrant habituellement en retard, ne puisse être envisagée dans les marchés qui ont pour objet la fourniture d'un matériel spécial.

La généralisation de cette mesure soulève d'ailleurs une autre objection.

Nous avons déjà noté que l'économie nationale ayant été bouleversée par la guerre, la concurrence avait été notablement réduite. L'exclusion des fournisseurs n'eût-elle pas contribué encore à cette diminution des offres et fait jouer au détriment de l'Administration, la loi de l'offre et de la demande.

L'exclusion des fournisseurs apparaît ainsi comme une mesure de rigueur dont l'application doit être laissée à la libre appréciation de l'Administration. C'est d'ailleurs le sens de l'art. 40 avant dernier alinéa « manquements graves ou réitérés aux engagements pris ». Les termes volontairement imprécis de ce texte permettent au Ministre de prononcer l'exclusion dans tel cas qu'il juge utile, et, certes, l'habitude de livrer en retard peut être un motif

légitime d'exclusion. Mais une telle sanction ne saurait être érigée en principe et tenir lieu de pénalités.

En résumé, du fait de l'organisation de la justice administrative, l'application du droit commun en matière de dommages et intérêts pour faute contractuelle conduirait l'Administration à évaluer elle-même le montant de ces dommages. Nous avons vu combien cette tâche était ardue. Au lieu de trancher la question bien plus simple : y a-t-il lieu à application des pénalités ? le Ministre, après avoir décidé sur le principe, devrait fixer le quantum d'indemnité à mettre à la charge du débiteur en faute.

Si les pénalités forfaitaires donnent déjà lieu à des recours devant le Conseil d'Etat, qui pourrait dire le nombre de pourvois qui résulteraient de l'application du droit commun ? Quel fournisseur pourrait ne se croire lésé ? D'autant plus que, nous l'avons vu, il n'existe pas, comme entre commerçants, de commune mesure entre l'Administration et le fournisseur. La disproportion entre la cause et l'effet peut être ici flagrante. Le moindre retard dans une fourniture apparemment quelconque, peut être d'une gravité exceptionnelle pour le fonctionnement des services de l'Etat, ou, au contraire, il peut n'y avoir pas préjudice malgré la négligence évidente d'un fournisseur.

Les autres moyens que l'on peut envisager sont ou trop sévères ou insuffisants.

Nous pouvons donc conclure que l'existence de la clause pénale dans les marchés de fournitures est éminemment utile.

CHAPITRE IV

PROCÉDURE D'APPLICATION DES PÉNALITÉS

Les modalités suivant lesquelles sont établies et fixées les pénalités, sont décrites dans l'art. 115 de l'Instruction relative aux marchés du Département de la Guerre du 21 novembre 1921, ainsi conçu :

Article 115. — *Pénalités :*

« D'après les clauses générales des marchés de fournitures ou de travaux, les cas de force majeure ou de caractère imprévu ayant influé sur les conditions d'exécution des marchés peuvent donner lieu à la concession de sursis, quand les faits sont signalés dans un délai déterminé.

En dehors des cas de force majeure ou de caractère imprévu ayant entraîné la concession de sursis, les fournisseurs ou entrepreneurs sont frappés de pénalités pour retards édictées par leur contrat.

Pour l'application de ces dernières, il y a lieu de se conformer aux prescriptions suivantes :

Pour tout marché comportant des retards, il est ouvert un état de pénalités modèle 21. Au fur et à mesure que sont effectuées les livraisons en retard ou dès que le maximum des pénalités est atteint, on y inscrit le nombre de jours de retard à pénaliser, la valeur des fournitures auxquelles s'appliquent les pénalités et le montant des pénalités encourues.

En attendant qu'il soit statué définitivement sur ces retenues, la délivrance des acomptes n'est pas retardée, mais le montant des pénalités encourues est défalqué des sommes dues, en outre de la retenue du sixième ou du douzième prévue par le règlement du 3 avril 1869 sur les dépenses du Département de la Guerre.

Les pénalités sont totalisées immédiatement après la dernière livraison, soit de la fourniture, soit du trimestre pour les fournitures qui comportent un règlement trimestriel ou, s'il s'agit de travaux de constructions, immédiatement après l'achèvement de ceux-ci.

Lorsqu'il n'est apporté aucune dérogation au taux et au maximum des pénalités, tels qu'ils sont fixés par les Cahiers des Clauses et Conditions Générales, les pénalités atteignent 2 % après 40 jours de retard, 6 % après 80 jours de retard et 10 %, soit le maximum, à l'expiration du centième jour de retard. Le décompte des pénalités s'effectue en déterminant d'abord le pourcentage applicable, pourcentage qui est :

1°) Si le retard est inférieur à 40 jours, de 0,05 % par jour ;

2°) Si le retard est compris entre 41 et 80 jours, de 2 % plus 0,1 % par jour de retard au-delà du 40^e jour ;

3°) Si le retard est compris entre 81 et 99 jours, de 6 % plus 0,2 % par jour de retard au-delà du 80^e jour ;

4°) Si le retard atteint 100 jours, de 10 %.

Pour un retard de 91 jours, le pourcentage sera de :
 $6 + 0,2 \times 11 = 8,2 \%$.

En multipliant par cette proportion 0,082, la valeur

de la fourniture (ou portion de fourniture) en retard, on détermine le montant de la pénalité.

L'entrepreneur, dès que les pénalités sont totalisées, et avant, par conséquent, qu'il ait produit sa facture, est informé des retenues qui lui sont infligées, par la communication de l'état des pénalités accompagné d'une feuille de propositions (modèle n° 22). Son attention est appelée sur l'inutilité qu'il y aurait à formuler une demande de remise qui ne serait pas justifiée par des circonstances importantes et imprévues ayant manifestement entraîné le retard. Il importe, en effet, que les prescriptions d'un contrat ne deviennent pas lettre morte, et qu'aucune exonération arbitraire de pénalité ne puisse intervenir.

En cas d'acceptation pure et simple de la pénalité, l'ordonnateur secondaire arrête l'état des pénalités et le mandatement peut être effectué immédiatement.

Si l'entrepreneur croit devoir formuler une demande d'exonération, l'état des pénalités et la feuille de propositions portant l'avis motivé du chef du service sont adressés sans retard à l'administration centrale par le directeur du service, qui y inscrit également son avis.

Dans ce cas, le chef du service fait délivrer au fournisseur ou entrepreneur, s'il y a lieu, et en attendant qu'il soit statué sur la demande d'exonération, un acompte égal au montant des droits constatés diminué du montant cumulé des pénalités et de la retenue du sixième ou du douzième.

Pour que le mandatement ne subisse pas de trop longs retards qui, dans certains cas, pourraient faire tomber le règlement des dépenses au-delà de la clôture de l'exercice,

il convient de procéder avec la plus grande activité à l'examen des demandes d'exonération.

Le Ministre ou le Directeur du Contentieux statue après avis de la Direction du Contrôle.

Mention de la décision intervenue est portée sur l'état des pénalités qui est renvoyé à l'ordonnateur chargé du mandatement, la feuille de propositions restant dans les archives de la direction intéressée.

Dans certaines circonstances exceptionnelles, lorsqu'il y a urgence absolue et un intérêt primordial à ce que le service soit assuré dans le plus bref délai possible, des primes pour livraisons anticipées peuvent être prévues au contrat. Ces primes sont alors généralement fixées de manière que le taux s'accroisse avec l'importance de l'avance réalisée ».

Les phases principales de la procédure organisée par ce texte peuvent se résumer à trois : établissement du décompte des pénalités, observations de l'entrepreneur, décision du Ministre.

♦♦

I. — DÉCOMPTÉ DES PÉNALTÉS :

Soit un marché de 360.000 francs, dont la fourniture fait l'objet de deux lots de valeur égale à 180.000 francs.

Les livraisons sont prévues pour le premier lot le 1^{er} janvier, pour le deuxième lot, le 1^{er} mars.

Le fournisseur ne livre que le 24 janvier et le 29 mars. Son retard est donc de 24 jours pour le premier lot, de 29 jours pour le deuxième lot.

Le calcul des pénalités se fera de la façon suivante :

$$\begin{array}{r} 1^{\text{er}} \text{ Lot. — } 24 \times 0,50 \times 180.000 \\ \hline 1.000 \end{array} = 2.160 \text{ francs.}$$

$$\begin{array}{r} 2^{\text{e}} \text{ Lot. — } 29 \times 0,50 \times 180.000 \\ \hline 1.000 \end{array} = 2.610 \text{ francs.}$$

Le montant des pénalités encourues sera arrêté à la somme de $2.160 + 2.610 = 4.770$ francs.

L'on peut remarquer que la formule de l'art. 115 de l'Instruction sur les marchés rejoint celle de l'art. 37 du Cahier des Clauses et Conditions Générales :

« 50 centimes depuis le premier jour jusqu'au quarantième jour inclus ;

« 1 franc du quarante-et-unième jour au quatre-vingtième jour inclus ;

« 2 francs pour chacun des jours suivants ».

En tout état de cause, le maximum des pénalités est limité au dixième du montant du marché.

Comment doit se calculer ce dixième, doit-il s'entendre de chaque livraison ou de l'ensemble ? Le Conseil d'Etat estime que cette limitation a pour base la valeur totale de la fourniture en retard.

« Considérant, dit l'arrêt du 23 novembre 1921, — affaire May-Burg, Lebon p. 962 — que si les clauses pénales inscrites dans les marchés des..... ne reproduisent pas textuellement l'art. 39 (1) du Cahier des Clauses et Conditions Générales du 16 février 1903, il

(1) Actuellement article 37.

ne ressort d'aucun de leurs termes que les parties contractantes auraient entendu s'écarter de la règle ordinaire invoquée par ledit article et d'après laquelle la réduction des retenues au maximum du dixième doit s'opérer non à l'occasion de chaque livraison partielle, mais après totalisation des pénalités encourues sur l'ensemble du marché, lesquelles ne doivent pas excéder un dixième de la valeur totale des marchandises en retard... ».

L'exemple suivant permettra de comprendre l'intérêt de ce mode de calcul :

Soit un marché de 100.000 francs. La première livraison d'un lot de 50.000 francs a lieu dans les délais. La deuxième livraison d'un lot de 25.000 francs a lieu avec 20 jours de retard, la troisième livraison d'un lot de 25.000 francs avec 200 jours de retard.

Les pénalités encourues seront de :

$$25.000 \times 0,50 \times 20 = 250 \text{ francs pour le deuxième lot}$$

1.000

$$25.000 \times 0,50 \times 40 = 500 \text{ fr.}$$

1.000

$$25.000 \times 1 \times 40 = 1.000 \text{ fr.}$$

1.000

$$25.000 \times 2 \times 120 = 6.000 \text{ fr.}$$

1.000

} pour le 3^e lot.

Sans la limitation du 1/10^e, les pénalités seraient

arrêtées à 7.750 francs. Mais, la valeur totale des fournitures en retard étant de 50.000 francs, les pénalités ne peuvent excéder 5.000 francs. C'est à ce chiffre qu'elles seront réduites.

Si la limitation du dixième intervenait à l'occasion de chaque livraison partielle, le montant aurait dû dans notre espèce être calculé comme suit :

2° Lot = 250 francs.

3° Lot 1/10° de 25.000 francs = 2.500 francs.

Total = 2.750 francs.

Ainsi déterminées, les pénalités sont précomptées sur les sommes dues ou à devoir au fournisseur.

Le précompte est ainsi un mode de compensation anticipée des sommes dues par l'Etat et des pénalités encourues. Cette opération ne peut être définitive qu'après la décision du Ministre fixant le montant des pénalités. Jusque là une qualité essentielle manque à la dette du fournisseur : la *liquidité*.

Nous avons déjà remarqué (1) que cette manière d'opérer est conforme, *mutatis mutandis*, aux règles du droit civil concernant la compensation judiciaire. Tant qu'un des deux éléments reste indéterminé quant à sa quotité, la compensation ne peut avoir lieu.

Une conséquence intéressante en découle. La faillite du fournisseur rend exigible les créances de celui-ci envers l'Etat pour livraisons déjà effectuées (article 444 du Code de Commerce).

Mais l'Administration ne saurait prétendre retenir sur

(1) Voir *supra*, page 48 (chapitre II).

les sommes dues les pénalités encourues et non encore prononcées, car aux termes de l'article 446 du Code de Commerce, sont nuls et sans effet relativement à la masse tous paiements, y compris la compensation, faits par le débiteur autrement qu'en espèces ou effets de commerce après la date de la cessation de ses paiements.

*
**

II. — OBSERVATIONS DU FOURNISSEUR :

L'état des pénalités encourues, une fois établi, est communiqué à l'intéressé.

Le cas où le fournisseur ne formule aucune observation, outre qu'il est extrêmement rare, ne présente aucune difficulté. Il y a accord des parties sur l'application d'une clause contractuelle.

Mais il est évident qu'avant d'admettre sa faute et d'en subir les conséquences pécuniaires, un fournisseur usera des moyens de défense mis à sa disposition. C'est pourquoi dans la procédure des pénalités, les observations de l'entrepreneur ont une importance particulière.

Les motifs invoqués varient à l'infini. Nous nous bornerons à examiner les principaux qui, reconnus exacts, entraînent ou peuvent entraîner l'exonération.

Citons le cas de force majeure à propos duquel nous étudierons la grève et les retards des sous-traitants, le fait de l'Etat, les retards dans les paiements et les pourparlers entre le fournisseur et l'Administration.

*
**

La *force majeure* a déjà été étudiée dans le chapitre II. C'est un événement imprévu et irrésistible qu'il ne pouvait dépendre de la volonté de l'homme d'éviter.

Nous avons dit que la faute contractuelle du retard sanctionnée par les dommages et intérêts en droit civil, par les pénalités en droit administratif, devait être *imputable* au débiteur, l'imputabilité étant le lien de cause à effet entre le préjudice effectif ou présumé et le fait de celui à qui on le reproche. Ce lien n'existant pas, la faute disparaît, la réparation aussi.

Le fournisseur tiendra donc à démontrer dans ses observations — et cela s'applique non seulement à la force majeure, mais encore à tous les moyens de défense invoqués — que la faute ne lui est pas imputable.

Dans le cas de force majeure, les circonstances seules ont causé le retard, le fait du fournisseur n'existe pas.

C'est le cas d'exonération type, peut-on dire. Une fois établi, il entraîne nécessairement l'annulation des pénalités.

Une condition est essentielle cependant : c'est la relation directe entre la force majeure et le retard. Cette relation d'ailleurs est toujours nécessaire quel que soit le motif invoqué par le fournisseur qui doit, en définitive, prouver une cause de retard étrangère à sa volonté pour se décharger lui-même.

Les arrêts de jurisprudence déjà cités (1) concernant la force majeure permettent de préciser le caractère principal que doit revêtir cette cause de non imputabilité : l'imprévision. La guerre est, certes, un cas de force majeure, lorsqu'elle intervient au cours d'un contrat. Il ne

(1) Arrêts du Conseil d'Etat du 11 décembre 1918, Da Cunha Mattos ; du 5 février 1919, Lévy ; du 26 février 1919, Croizat-Mermet ; du 12 mars 1919, Epargne Française.

peut en être de même d'un contrat qui intervient au cours de la guerre, parce qu'alors les parties savent que les conditions économiques ont été bouleversées, et que chaque contractant tient compte dans ses obligations de l'aléa qui en découle.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat a estimé que les difficultés de fabrication ou de transport alléguées par les fournisseurs dont les marchés avaient été signés pendant la période de guerre, bien que résultant de l'état de guerre lui-même, ne pouvaient constituer « des cas de force majeure qui puissent être invoqués dans les rapports de ces fournisseurs avec l'Etat ».

..

La grève, pour être une cause de non imputabilité, doit avoir le caractère de force majeure.

Il est un cas où ce caractère est indiscutable. La grève générale de toutes les industries dans le pays ou même dans une région déterminée du pays est évidemment un événement de force majeure au sens de l'art. 1148 du Code Civil.

Mais la plupart du temps, la grève se localise dans une industrie déterminée. Y-a-t-il alors grève ?

A ce sujet, la question s'est posée de savoir si une grève survenue dans une usine qui, à raison de la spécialité de sa production, forme à elle seule une industrie distincte, présente le caractère de grève générale au sens où l'entend la jurisprudence. Nous ne le pensons pas.

Si la grève de toute une industrie est considérée dans certains cas, comme une force majeure, c'est qu'elle cons-

titue pour chaque industriel pris individuellement un événement qu'il ne pouvait prévoir ni prévenir et que dès lors elle est assimilable à une grève générale.

Il convient d'ailleurs dans chaque cas d'espèce, « de rechercher si la grève a eu pour origine une faute grave de la part de l'entrepreneur, si elle pouvait être évitée ou arrêtée par ce dernier et si elle a constitué pour lui un obstacle insurmontable à l'accomplissement de ses obligations » (1).

On tiendra compte notamment de ce que l'entrepreneur a refusé de recourir à la procédure de conciliation, prévue par la loi du 27 décembre 1892 et de ce que ce refus a pu influencer sur la durée de la grève.

Tel ne peut être le cas de la grève particulière, même si elle survient dans une usine spécialisée et il appartient à celui qui l'invoque pour justifier un manquement quelconque à ses obligations, de prouver qu'il n'a pu la prévoir ni la prévenir.

★ ★

L'article 13 du Cahier des Clauses et Conditions Générales du 1^{er} août 1921 fixe les conditions auxquelles l'entrepreneur peut sous-traiter une partie de la fourniture :

« L'adjudicataire ne peut céder à des sous-traitants une ou plusieurs parties de son entreprise, ou contracter une association quelconque pour l'exécution de son marché sans le consentement écrit du Ministre. Dans tous les cas, il demeure responsable envers l'Administration. Sauf

(1) Voir Arrêt du Conseil d'Etat du 29 janvier 1909.

V. également Jèze, *op. cit.*, p. 277 et 281.

dans des cas tout à fait exceptionnels prévus au Cahier des Charges Spéciales, l'entrepreneur est libre de s'adresser à tels fournisseurs qu'il agrée, pour l'achat des objets et matières nécessaires à l'exécution de son marché ».

Ce texte résout la question de savoir si les retards des sous-traitants doivent être considérés comme une cause d'exonération pour les retards du fournisseur principal : « *Dans tous les cas, il (celui-ci) demeure responsable envers l'Administration* ».

Même donc, si les sous-traitants ou sous-fournisseurs auxquels s'adresse l'entrepreneur pour les matières premières, les produits semi-ouvrés ou les produits complètement usinés, doivent être agréés préalablement par l'Administration (1), celle-ci ne doit en aucune façon supporter les conséquences de leur fait. Elle conserve à l'égard du sous-traité son caractère de tiers. Le droit d'acceptation que lui confère l'article 13 précité ou certaines clauses des marchés, ne peut s'entendre que d'un droit de contrôle qui n'implique aucunement sa responsabilité (2) :

L'arrêt du Conseil d'Etat « Da Cunha Mattos » du 11 décembre 1918, vient d'ailleurs renforcer cette argumentation.

« Considérant qu'aucune des clauses du marché ne

(1) C'est le cas dans les marchés de fournitures de l'Aéronautique.

(2) En 1924, le Sous-Secrétariat d'Etat de l'Aéronautique avait prescrit à ses services techniques d'insérer dans les marchés de matériel aéronautique la clause suivante : « Il est entendu que les retards apportés par les fournisseurs ou sous-traitants ne sauraient servir de base à la prorogation des délais de livraison prévus aux marchés. » Il fut considéré, par la suite, que cette clause était inutile, les termes de l'article 13 se suffisant à eux-mêmes.

mentionne que l'exécution dudit marché est *subordonnée* à la coopération de tiers étrangers à ce contrat... »).

Ainsi, le retard d'un sous-traitant ne saurait être une excuse valable pour le fournisseur que si la coopération de ce tiers avait été stipulée expressément comme condition *sine qua non* de l'exécution du marché.

Il peut arriver cependant qu'à raison de la spécialité de la fourniture, un seul fabricant soit susceptible de fournir au titulaire d'un marché les matières dont celui-ci a besoin.

Lorsque un constructeur d'avions s'engage à livrer des appareils dans la fabrication desquels entrent, pour une grande part, des pièces de duralumin, il est dans la nécessité d'approvisionner ce métal auprès de la seule maison en France qui le fournit. Cette Maison détient ainsi vis-à-vis de l'Industrie Aéronautique un monopole de fait.

Qu'elle ne puisse donner satisfaction à la commande d'un avionneur — le cas s'est produit fréquemment — il en résulte un retard dans la construction et la livraison des appareils.

Sans doute, les marchés comportent des délais fermes et ne contiennent aucune réserve en ce qui concerne cette fourniture de matière spéciale. Mais il est évident que, suivant les circonstances, lorsque le fournisseur aura prouvé notamment que ses commandes ont été transmises à la Société productrice de duralumin dans des délais tels qu'ils devaient permettre l'exécution du marché aux dates

prévues, il y a lieu de tenir compte dans la plus large mesure d'un fait complètement indépendant de la volonté du fournisseur principal. Lorsqu'il réunit certaines conditions, ce fait peut être considéré comme une force majeure.

En étudiant l'imputabilité dans le chapitre consacré à la nature juridique des pénalités, nous avons rencontré une cause d'exonération que nous avons dénommée le *fait de l'Administration* (1). Si le débiteur doit la réparation du préjudice que sa faute contractuelle a occasionné, il ne peut, par contre, être tenu de la faute d'autrui. A plus forte raison, le fait du créancier doit-il être considéré comme écartant par cela seul qu'il existe, l'idée d'indemnisation, puisque la conséquence de l'action retomberait sur celui qui agit. En droit civil, la question ne peut se poser.

En droit administratif, étant donné la procédure d'application des pénalités, établissement de l'état décompté dès lors que des retards sont constatés sur les délais de livraison prévus au marché — le fait de l'Etat devient un moyen d'exception opposé par le constructeur.

Un marché est passé avec un constructeur, pour la fabrication d'avions. Les moteurs doivent être fournis par l'Etat. La livraison des appareils en ordre de vol — moteurs compris — doit s'effectuer à une date déterminée.

Malgré la demande qui lui en est faite, le Service d'Etat auquel s'adresse le constructeur, conformément aux clauses de son marché, livre en retard les moteurs ou encore livre un matériel défectueux qu'il faudra remplacer. Il est

(1) Voir page 39 du chapitre II.

évident que le retard dans la présentation des appareils en ordre de vol ne saurait être imputé au constructeur.

Mais il est certain que le fait de l'Administration ne pourrait être retenu s'il était sans influence sur les retards du fournisseur, par exemple si, au moment où celui-ci a demandé le matériel que doit fournir l'Etat, les délais de livraison du marché étaient dépassés. Il y aurait lieu dans cette hypothèse d'examiner la répercussion du retard de l'Etat sur le retard du constructeur, l'exonération des pénalités ne pouvant être acquise que pour la période considérée comme devant être mise au compte de l'Administration.

.*

Le fait de l'Administration peut varier. Il faut, dans tous les cas, qu'il soit nettement caractérisé et constitue pour le fournisseur sinon la violation d'un droit du moins la lésion d'un intérêt. En outre, l'application des règlements, même si elle est une gêne pour le constructeur, ne saurait être imputée à faute à l'Administration.

L'arrêt du Conseil d'Etat en date du 11 décembre 1918 dans l'affaire Da Cunha Mattos, contient sur le fait de l'Etat des motifs très intéressants :

« Considérant, dit l'arrêt, que le requérant prétend, en outre, en ce qui concerne spécialement son deuxième marché, 1° qu'ayant été, *par le fait de l'Administration*, privé du concours d'un industriel avec lequel l'Etat aurait passé un marché particulier pour la fourniture de toiles, il a été obligé de s'adresser à un autre fabricant, ce qui a eu pour conséquence de retarder ses livraisons ; 2°

que celles-ci ont encore été ralenties par les difficultés qu'il a rencontrées à l'occasion de la réception de toiles qui, n'étant pas absolument conformes à l'échantillon, étaient cependant de nature à être acceptées par l'Etat et qui ont, en effet, après discussion, été reçues moyennant réfaction ;

« Sur le premier point :

« Considérant que l'Administration ne s'est pas interdite de passer à d'autres industriels portugais des commandes de toiles imperméables, qu'ainsi la circonstance que le requérant n'a pu s'assurer le concours de l'un des fabricants sur la production desquels il comptait ne saurait être invoquée par lui pour se faire exonérer des pénalités stipulées dans son contrat ;

« Sur le deuxième point :

« Considérant que le refus par l'Administration de recevoir des marchandises non conformes à l'échantillon n'était pas de nature à suspendre spontanément l'exécution de son contrat en attendant que les pourparlers engagés entre lui et l'Administration pour l'acceptation de ses fournitures moyennant réfaction aient ainsi abouti ; qu'il lui appartenait seulement de solliciter un sursis de livraison ; qu'il n'a pas obtenu, ni même demandé un pareil sursis ; que dès lors, c'est à ses risques et périls qu'il a pris la détermination d'interrompre ses livraisons ».

Ainsi, les relations du fournisseur avec un tiers d'une part, de l'Administration avec ce même tiers d'autre part ne peuvent être prises en considération pour l'appréciation du contrat intervenu entre l'Administration et le

fournisseur. Ce sont là « *res inter alios acta* » qui ne peuvent ni profiter ni nuire aux parties. L'Administration ayant, en l'espèce, agi dans la plénitude de ses droits, le fournisseur ne peut se plaindre d'un fait complètement étranger au contrat et qui ne saurait dès lors constituer une faute à son égard.

Le 2^e point met en cause le refus par l'Administration de fournitures non conformes à l'échantillon.

Il est évident que l'exécution des clauses techniques d'un marché doit être le principal souci de l'Administration et que celle-ci use seulement de son droit en l'exigeant. Le fournisseur qui livre une fourniture ne répondant pas aux spécifications techniques convenues, est en faute. Il ne saurait donc être fondé à exciper de sa faute pour demander l'exonération des pénalités.

En examinant plus loin la répercussion des pourparlers entre l'Administration et le fournisseur, nous verrons que ce motif d'exonération ne pouvait être invoqué ici.

**

Doit-on assimiler au fait de l'Etat, les retards apportés par l'Administration dans le paiement des fournisseurs ?

La question se pose de la manière suivante : D'après le Code Civil, le retard d'un débiteur à acquitter le paiement de sa dette donne lieu, si certaines conditions sont remplies, à l'allocation par le juge de dommages et intérêts moratoires et même éventuellement à des dommages et intérêts compensatoires. Le fournisseur à qui l'on reproche son retard dans l'exécution de ses obligations et auquel

on réclame, en vertu de l'article 1152 C. C., l'indemnisation du préjudice causé par ce retard, pourra-t-il répondre en demandant au juge d'opérer la compensation entre l'indemnité qu'on lui réclame et celle qui lui est due ? C'est l'application même des règles du droit commun en matière d'indemnité et de compensation.

Il est intéressant de suivre dans le droit administratif la transposition de ces principes.

Les marchés prévoient deux sortes de paiements : les acomptes et les paiements sur service fait ou après livraison.

Les acomptes ne sont jamais de droit pour les fournisseurs. L'article 51 du Cahier des Clauses et Conditions Générales du 1^{er} août 1921 le dit explicitement « des acomptes ne peuvent être alloués au fournisseur que *facultativement, à titre de mesure gracieuse et sur sa demande* ».

C'est pourquoi le texte des marchés lorsqu'il précise le quantum des acomptes et les conditions auxquelles aura lieu leur délivrance contient une formule potentielle « des acomptes *pourront* être délivrés... » et non pas « *seront* délivrés ».

D'ailleurs, ce qui donne aux acomptes leur caractère d'avances à valoir sur le montant total du marché et éventuellement remboursables au Trésor, c'est la caution personnelle et solidaire que doit présenter le fournisseur qui en réclame le bénéfice. Cette garantie est prévue par le dernier alinéa de l'article 51 précité.

« Des acomptes pour du matériel approvisionné ou travaillé en usine, mais non encore livré, peuvent aussi

être alloués lorsque le Cahier des Charges Spéciales le prévoit. Dans ce cas, l'entrepreneur doit préalablement faire agréer par le Ministre une caution personnelle solidaire ».

Le retard dans la délivrance des acomptes ne saurait donc être imputé à faute à l'Administration et le fournisseur ne saurait l'invoquer comme moyen de droit à l'appui d'une demande d'exonération.

C'est ce qu'exprime formellement l'article 53 du Cahier des Clauses et Conditions Générales : « Les acomptes prévus à l'article 51 n'étant payés à l'entrepreneur, sur sa demande, que par mesure gracieuse, le retard dans leur paiement ne peut ouvrir droit ni à réclamation, ni à intérêt, ni à indemnité ».

Il n'en est pas de même des paiements correspondant aux fournitures livrées.

Dans ce cas, le droit commun doit s'appliquer sauf l'exception prévue aux paragraphes 2 et 3 de l'article 53 précité, dont les dispositions seront examinées ci-après.

L'arrêt du Conseil d'Etat Da Cunha Mattos du 11 décembre 1918 déjà plusieurs fois cité, contient à ce sujet des indications précieuses :

« Sur les conclusions des requêtes tendant à l'allocation d'intérêts moratoires et de dommages et intérêts pour retards dans les paiements,

« Considérant que, d'après les dispositions de l'article 1153 du Code Civil, modifié par la loi du 7 avril 1900, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la

condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement ; que ces intérêts ne sont dus que du jour de la sommation de payer, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit ; que le créancier, auquel son débiteur en retard a causé par sa mauvaise foi un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ;

« Considérant que le requérant soutient que les intérêts moratoires lui étaient dus de plein droit sur le montant de ses fournitures à partir de la date de leur réception, soit en vertu de ses contrats qui stipulaient le paiement comptant à Lisbonne, soit en vertu de l'article 80 du décret du 3 avril 1869, dont le paragraphe 3 dispose qu'à défaut de stipulation à cet égard, les intérêts sont calculés au profit du vendeur, à partir du jour de la prise de possession par l'acquéreur ;

« Mais considérant que la stipulation, dans un marché, que le paiement aura lieu comptant ne dispense pas le fournisseur, s'il veut faire courir les intérêts, d'adresser à l'Etat la sommation de payer prévue par le paragraphe 3 de l'article 1153 du Code Civil, et que l'article 80 du décret du 3 avril 1869 ne s'applique qu'au paiement du prix des immeubles dont l'Etat a pris possession et non à la dette résultant pour lui de l'acceptation de marchandises livrées en exécution d'un marché de fournitures ; que, dès lors, le requérant ne pouvait prétendre à des intérêts moratoires qu'à partir de la sommation de payer qu'il a adressée à l'Administration le 28 septembre 1915 pour les sommes qui pouvaient lui rester dues sur son

premier marché et à partir de l'assignation devant le tribunal civil, du 17 décembre suivant, pour le solde du second marché, cette assignation valant sommation de payer ;

« Considérant qu'il ne résulte pas des comptes produits qu'à ces dates, l'Etat, compte tenu des pénalités de retard encourues par le fournisseur et calculées dans les conditions prévues aux marchés fut le débiteur de ce dernier ;

« En ce qui concerne les dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires réclamés par le requérant :

« Considérant, d'une part, que le Sieur, n'est pas fondé à prétendre que ses contrats obligeaient l'Etat à payer les marchandises à la date de réception de celles-ci, qu'en effet, en s'engageant à payer le fournisseur comptant au Consulat de France à Lisbonne, après réception définitive de chaque lot au Magasin Général de Bordeaux l'Etat n'a pas entendu s'astreindre à effectuer le paiement à la date exacte de cette réception sans même tenir compte du temps nécessaire à l'accomplissement des formalités indispensables à la constatation de ladite réception, à la liquidation et à l'ordonnancement des sommes dues ainsi qu'à l'envoi d'une traite au Consul, mais seulement soustraire le requérant à l'application des règles normalement applicables aux marchés de fournitures d'après lesquelles les acomptes ne sont alloués qu'à titre de mesure gracieuse sur la demande du fournisseur, sans pouvoir excéder les 5/6 des droits constatés ;

« Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction, que les réceptions des marchandises à Bordeaux n'ont

pas été retardées arbitrairement par un fait de l'Administration, présentant le caractère d'une faute lourde ».

Il résulte nettement de cet arrêt que l'article 1153 du Code Civil reçoit son application en droit administratif. Les intérêts moratoires ne sont dus que si le fournisseur a préalablement adressé une sommation à l'Administration.

Il semble que le même motif — défaut de mise en demeure préalable — aurait du être retenu en ce qui concerne les dommages et intérêts compensatoires, article 1146 du Code Civil. Mais le Conseil d'Etat s'est borné sur ce point à examiner le fond de la question. Payer comptant, payer à la livraison, ne peut avoir en langage administratif le même sens que dans les usages du commerce, il faut tenir compte du temps matériel nécessaire à l'accomplissement des formalités de prise en charge, établissement de factures administratives, ordonnancement, émission de traites.

Bien mieux, l'Administration se réserve un délai pour payer. L'article 55 du Cahier des Clauses et Conditions Générales dispose, en effet, dans ses 2^e et 3^e aliéas :

« Si l'entrepreneur n'a pas reçu le mandat pour solde dans un délai de 3 mois, à partir de l'achèvement du service ou de la réception définitive des dernières fournitures exigibles, il peut demander des intérêts moratoires calculés au taux légal pour la somme qui reste due ; ces intérêts lui sont alors payés à partir du jour du dépôt constaté d'une mise en demeure adressée au chef du service ».

« Les intérêts moratoires susvisés ne sont pas dus,

quels que soient les retards, lorsque la liquidation définitive ne peut être arrêtée par suite de l'insuffisance des justifications présentées ».

Ainsi, lorsque le Cahier des Clauses et Conditions Générales est visé dans les marchés et c'est la règle générale — seuls certains marchés de la période de guerre présentent sur ce point une exception — l'Administration, malgré les termes de paiements prévus au contrat, ne peut être tenue à des dommages et intérêts moratoires que trois mois après la livraison de la fourniture et après avoir été mise en demeure par le fournisseur. C'est une dérogation importante au droit commun, mais elle a sa source dans le contrat lui-même et l'on pourrait concevoir qu'en droit privé, l'acheteur se réservât un délai pour payer. La pratique du commerce est là pour démontrer que ce n'est pas une simple hypothèse.

Les retards dans les paiements ne pourraient donc être invoqués à l'appui d'une demande d'exonération que si les conditions requises par l'article 53 se trouvaient remplies : mise en demeure de l'Administration plus de trois mois après la livraison du matériel (1).

En ce qui concerne le fait de l'Etat, reste un dernier point à examiner.

Un marché est passé pour une fourniture déterminée : la construction d'un avion prototype par exemple. En cours de construction, des modifications apparaissent indispen-

(1) Sur les retards de paiements, v. l'arrêt C. d'E., Gône et Rhône, du 12 décembre 1930.

sables aux conceptions primitives. Le constructeur, d'accord avec l'Administration, étudie et réalise ces modifications. Il est évident que pendant le temps nécessaire à cette étude et à cette réalisation, les délais prévus au marché doivent se trouver suspendus.

Le fournisseur sera donc fondé, au moment de l'application des pénalités pour retards, à invoquer à sa décharge cette suspension du contrat. *Les pourparlers entre l'Administration et le fournisseur*, intervenus à l'occasion — quoiqu'en dehors — d'un marché en voie d'exécution, sont un motif valable d'exonération.

La difficulté, c'est l'évaluation exacte du délai supplémentaire dont le bénéfice doit être accordé après-coup au fournisseur. C'est une question de fait à résoudre. Plus l'événement s'éloigne, moins son appréciation est aisée.

Il est donc prudent pour le fournisseur de demander dans ce cas un sursis de livraison. Si la modification envisagée au contrat est importante et exige un laps de temps considérable, il est indispensable qu'un avenant intervienne.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 11 décembre 1918, est en ce sens :

« Considérant qu'il lui appartenait seulement (au fournisseur) de solliciter un sursis de livraison ; qu'il n'a pas obtenu, ni même demandé un pareil sursis, que dès lors *c'est à ses risques et périls* qu'il a pris la détermination d'interrompre ses livraisons ».

L'espèce d'ailleurs était autre que celle de notre exemple. Le fournisseur était en faute, ses marchandises n'étant pas conformes à l'échantillon et c'est pourquoi la

Haute Assemblée s'est montrée particulièrement sévère à son égard. Mais il est certain que dans tous les cas, les fournisseurs agiront sagement en demandant des prorogations de délais.

.*

III. — DÉCISION DU MINISTRE :

Les observations du fournisseur portées sur la feuille de propositions, il appartient au Service chargé de l'exécution du marché de donner son avis sur la matérialité des faits allégués.

Cet avis du chef de service est, en effet, indispensable pour que l'instruction préalable à l'application des pénalités soit complète. Seul le Service qui a été en relation constante avec le fournisseur est à même de donner au Ministre les éléments d'appréciation nécessaires.

En ce qui concerne les motifs étudiés ci-dessus, il semble que le Service ne puisse que constater leur réalité s'il ne la conteste. Encore est-il qu'il doit examiner la relation qui existe entre eux et les retards de livraison.

Mais le rôle du Service ne saurait être ainsi limité. Des motifs d'équité, d'opportunité peuvent également servir de base à la demande du fournisseur. Il convient de les apprécier.

Le Service, par ses Ingénieurs ou ses Contrôleurs, connaît les difficultés rencontrées par le fournisseur. S'agit-il d'une construction nouvelle, de l'emploi d'un métal nouveau par exemple. Les difficultés techniques rencontrées, malgré les efforts de l'industriel, n'ont pas permis la réalisation de l'appareil commandé, ou encore n'ont permis son achèvement qu'après l'expiration des

délais prévus. Il y a lieu de tenir compte du travail du constructeur, des enseignements tirés de son entreprise, car les résultats obtenus, s'ils ne sont pas pleinement satisfaisants, ont permis de réaliser un progrès technique certain. L'avis du chef de Service portera sur ces divers points.

Le dossier ainsi complété : décompte des pénalités, observations de l'entrepreneur, avis du Chef de Service, est transmis à l'Administration Centrale pour décision du Ministre.

Le texte de l'article 115 de l'Instruction du 21 novembre 1921 prévoit quels organismes de l'Administration Centrale sont consultés sur l'application des pénalités :

« Le Ministre ou le Directeur du Contentieux statue après avis de la Direction du Contrôle ».

Cette procédure est spéciale au Ministère de la Guerre. Il est évident d'ailleurs qu'elle n'a rien de rigoureux et que le Ministre peut consulter tel service, direction ou bureau qu'il juge à propos.

La Cour des Comptes a présenté à plusieurs reprises des observations sur les exonérations totales ou partielles des pénalités et a demandé la création, dans les Départements Ministériels qui passent des marchés de fournitures, d'une Commission spéciale chargée d'émettre un avis sur les pénalités.

Le Ministre de la Guerre n'a jamais cru devoir déférer à ce desideratum.

Au Ministère de l'Air, la Commission Centrale des

Marchés de l'Aéronautique, instituée par décret du 8 février 1927 modifié par décrets du 4 mai 1927 et du 15 mars 1929 a, dans ses attributions, l'examen des pénalités (1).

Au Ministère de la Marine, la Commission qui passe les marchés, donne également son avis sur les pénalités.

En tout état de cause, quel que soit l'organe chargé de l'examen du dossier, le Ministre ou son délégué décide.

Cette décision n'appartient pas encore au contentieux administratif. Elle est *préalable* au contentieux. C'est contre elle que va se pourvoir éventuellement le fournisseur devant le Conseil d'Etat.

Il paraît donc utile d'étudier maintenant le caractère de cette décision.

(1) La Commission Centrale des Marchés de l'Aéronautique a été instituée pour réunir les représentants de l'Administration Centrale, des Services techniques, des Utilisateurs Guerre, Marine, Colonies, avant la création du Ministère de l'Air, Forces Aériennes depuis. Elle est présidée par un Président de Section au Conseil d'Etat.

La Commission établit et discute, par l'organe de ses Rapporteurs, les marchés de fournitures de matériel aéronautique d'une valeur égale ou supérieure à 100.000 francs. Ces marchés sont examinés en séance hebdomadaire et ne sont transmis au Ministre pour approbation qu'après avis favorable de la Commission.

En ce qui concerne les *pénalités*, elle statue sur les dossiers qui lui sont transmis et propose au Ministre soit l'application totale, soit l'application partielle, soit l'exonération des pénalités. Elle appuie ses décisions sur des motifs de droit. L'examen des motifs d'équité ou d'opportunité n'est pas écarté pour autant. Mais leur conséquence ne peut conduire la Commission qu'à une indication et non pas à une proposition ferme. L'appréciation des motifs d'équité ou d'opportunité ne saurait, en effet, appartenir qu'au Ministre.

CHAPITRE V

LE RECOURS GRACIEUX ET LE RECOURS CONTENTIEUX DANS LA PROCÉDURE DES PÉNALITÉS

I. — CARACTÈRE DE LA DÉCISION DU MINISTRE

En droit civil, la violation d'un droit est la condition essentielle, mais suffisante de l'action de la partie lésée devant la juridiction civile.

En droit administratif cette condition n'est pas toujours suffisante. C'est ainsi que tout recours devant le Conseil d'Etat doit, en principe, être précédé d'une décision de l'Administration.

Devant les Conseils de Préfecture, au contraire, le recours direct est admis. Toutefois une exception remarquable à cette règle est inscrite dans le Cahier des Clauses et Conditions Générales des Ponts et Chaussées du 29 décembre 1910 qui prescrit aux Entrepreneurs sous peine de forclusion d'adresser une demande gracieuse au Ministre par l'intermédiaire du Préfet, avant de s'adresser au Conseil de Préfecture.

La théorie de la *décision préalable* a sa source dans la théorie du Ministre juge de droit commun.

Sans doute, depuis 1881 le Ministre n'est plus considéré comme juge administratif et la raison qui justifiait jusque là l'intervention de l'Administration a cessé

d'exister. Néanmoins, le Conseil d'Etat a continué d'exiger la décision préalable.

Cette exigence n'était d'ailleurs pas sans entraîner de graves inconvénients que des mesures réglementaires et législatives ont eu pour objet de pallier en partie, consacrant ainsi définitivement la solution jurisprudentielle.

Le silence de l'Administration a pu dans certains cas aboutir à des dénis de justice, le particulier lésé n'ayant accès ni devant les tribunaux civils ni devant les tribunaux administratifs. Le décret du 2 novembre 1864 dans son article 7 apporte une première atténuation à ce privilège du silence. Désormais, lorsque le Ministre statuant comme supérieur hiérarchique s'abstiendra de répondre, son silence équivaudra à une décision de rejet. La même disposition fut étendue par la loi du 17 juillet 1900 à toutes les décisions du Ministre.

Depuis, l'Administration n'est donc plus maîtresse du recours contentieux. Tout au plus peut-elle le retarder de quatre mois. En aucun cas elle ne peut s'y soustraire. Mais par là la théorie de la décision préalable est passée du domaine jurisprudentiel dans le domaine législatif.

Un autre inconvénient contre lequel aucune mesure n'a été prise découle de la décision préalable. La combinaison du recours hiérarchique avec le recours contentieux peut conduire le requérant à la forclusion de sa réclamation contentieuse, si l'autorité supérieure confirme l'acte de l'autorité inférieure après l'expiration du délai de deux mois qui court depuis la notification de cet acte. Le même danger apparaît dans le cas d'un deuxième recours gracieux.

Ces principes du droit administratif concernant la décision préalable, s'appliquent-ils à la décision du Ministre en matière de pénalités ?

Il est nécessaire pour bien poser la question et pouvoir la résoudre de rappeler les notions exposées dans le chapitre précédent.

La procédure d'application des pénalités comporte, nous l'avons vu, trois phases principales : l'établissement du décompte des pénalités encourues, *les observations de l'entrepreneur*, la décision du Ministre.

L'établissement du décompte des pénalités équivaut à la constatation matérielle des retards, faute contractuelle, et la traduction en indemnité de cette faute. C'est le stade préliminaire peut-on dire de la procédure des pénalités.

Les observations de l'entrepreneur et la décision du Ministre en sont, au contraire, les actes essentiels.

Il importe donc de rechercher quel est leur caractère juridique.

Que fait le fournisseur qui n'accepte pas le montant des pénalités tel qu'il résulte de l'état décompté ? Il formule une demande à celui qui doit en définitive prendre la décision, au Ministre. Cette demande tend à l'exonération totale ou partielle des pénalités.

S'agit-il d'une réclamation contentieuse ? Non, car elle n'est pas portée devant une juridiction, mais devant l'Administration agissante. Même donc, si l'on admet avec M. Jacquelin que le recours pour excès de pouvoir est gracieux, bien que porté devant le Conseil d'Etat, il n'en

demeure pas moins que tout recours formé devant l'Administration est un recours gracieux.

Le critérium de la compétence en vue de déterminer le caractère d'une réclamation peut ainsi ne pas être admis en ce qui concerne le Conseil d'Etat, il est infaillible en ce qui concerne le Ministre depuis 1881.

Pour M. Jacquelin la distinction des recours a une autre base : le recours gracieux est fondé sur la violation d'un intérêt, le recours contentieux sur la violation d'un droit. Mais le recours contentieux ne peut avoir lieu qu'après le recours gracieux. De sorte que celui qui prétend à la réparation d'un droit violé, doit d'abord par la voie gracieuse — la violation d'un droit comportant toujours la lésion d'un intérêt — s'adresser à l'Administration.

Les observations du fournisseur dans la procédure des pénalités peuvent être basées sur le droit, elles peuvent également être basées sur la lésion d'un intérêt. Mais dans un cas comme dans l'autre, elles sont présentées au Ministre.

Ces considérations permettent de reconnaître à ces « observations » le caractère de *recours gracieux*.

Deux conséquences importantes en découlent.

Dans le cas de recours contentieux, la juridiction administrative ne peut s'abstenir de répondre sans commettre un déni de justice. A l'inverse, l'Administration active saisie d'un recours gracieux est libre de répondre ou non.

Or, à la différence de l'Administrateur actif, le juge administratif est dessaisi définitivement quand il s'est prononcé. L'Administration, au contraire, a toujours la faculté

de revenir sur sa décision tant que celle-ci n'a pas reçu un commencement d'exécution.

En ce qui concerne l'obligation de statuer, il est certain que l'Administration peut garder le silence en matière de pénalités. Mais nous pensons que c'est là une simple possibilité de fait et non une possibilité de droit.

En effet, la clause des pénalités — art. 37 du Cahier des Clauses et Conditions Générales — autant que l'article 115 de l'Instruction sur les marchés, délimitent des obligations respectives des parties. L'Administration commettrait donc une faute si en retenant les pénalités au fournisseur elle refusait de prendre sur ces pénalités une décision définitive.

Quoi qu'il en soit, l'absence de cette décision pourrait ouvrir le recours contentieux prévu par la loi du 17 juillet 1900. Quatre mois après sa réclamation, le fournisseur serait en droit de considérer le silence de l'Administration comme un rejet implicite et de se pourvoir devant le Conseil d'Etat.

Le dessaisissement qui suit la décision de la juridiction administrative n'est pas applicable à la décision du Ministre. Après un premier recours gracieux, un deuxième recours gracieux est possible. L'Administration peut toujours revenir sur ses actes antérieurs. Mais ici, le danger signalé plus haut apparaît. Le réclamant a un délai de deux mois pour se pourvoir devant le Conseil d'Etat contre la décision du Ministre fixant les pénalités. Si donc l'Administration ne répond pas avant l'expiration de ce délai à une deuxième demande d'exonération formée devant

elle et si le requérant subordonne à la nouvelle décision son recours contentieux, il court le risque d'être forclos.

Dans cette hypothèse plusieurs cas sont à envisager :

1°) *Le premier acte est annulé ou réformé.* Un nouveau délai de deux mois est ouvert à partir de la deuxième décision.

2°) *L'acte est confirmé.* Le Conseil d'Etat décide que le point de départ du délai du recours contentieux remonte à la notification ou à la publication de la première décision, ce qui entraîne la forclusion du requérant.

3°) Enfin, l'Administration peut ne pas répondre à la deuxième réclamation. *Son silence* équivaut à une décision de rejet et l'on retombe dans le deuxième cas.

La décision du Ministre dans la procédure d'application des pénalités a donc une importance particulière en ce qui concerne les délais de recours contentieux, dont elle marque le point de départ irrévocable si elle est maintenue.

..*

II. — MOYENS DE RECOURS CONTRE LA DÉCISION DU MINISTRE

Il reste à dire un mot du contentieux des pénalités.

L'on distingue généralement quatre espèces de contentieux soumis au Conseil d'Etat :

1°) *Le contentieux de l'interprétation* et de l'appréciation de la légalité. Il intervient lorsque l'application d'un acte administratif constitue une question préjudicielle qui tient en suspens la procédure judiciaire.

2°) *Le contentieux de l'annulation* qui comprend le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation.

3°) *Le contentieux de la répression*, dans lequel le Conseil d'Etat se prononce comme juge d'appel par rapport au Conseil de Préfecture.

4°) *Le contentieux de pleine juridiction*, dans lequel le Conseil d'Etat a le pouvoir de réformer l'acte attaqué.

Le contentieux des pénalités ne peut évidemment être compris que dans le deuxième ou le quatrième de ces recours.

L'interprétation d'un acte ne peut être demandée au Conseil d'Etat, nous l'avons dit, que si elle constitue une question préjudicielle devant les tribunaux judiciaires. Or, il paraît assez invraisemblable que la décision du Ministre fixant les pénalités puisse être contestée devant ces tribunaux.

D'autre part, le Conseil d'Etat n'est pas un juge d'appel contre les décisions des Ministres, ceux-ci n'étant plus considérés comme juges depuis 1881.

Le contentieux de la répression ne saurait donc se concevoir en matière de pénalités.

Reste le recours pour excès de pouvoir et le contentieux de pleine juridiction.

Ce qui distingue ces deux sortes de pourvois, ce sont les conclusions même des requérants. L'annulation pure et simple de l'acte est-elle demandée, il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir.

Le fournisseur demande-t-il seulement une exonération partielle, ou encore prétend-t-il outre l'annulation de l'acte, obtenir une indemnité de l'Administration, nous sommes dans le domaine du contentieux de pleine juridiction.

Mais, il est évident que le premier de ces recours est

le plus usité. Cela provient de ce que la décision qui fixe les pénalités est un acte qui rend le fournisseur débiteur. Que peut demander celui-ci, sinon d'être déchargé de sa dette ? Le recours pour excès de pouvoir est donc le recours contentieux type qui prolonge la procédure administrative des pénalités.

Dans l'exposé de cette procédure gracieuse et contentieuse, nous avons vu l'application du principe, rappelé plus haut, suivant lequel étaient jugées les difficultés survenues à l'occasion des marchés de fournitures entre l'Administration et le fournisseur.

Les parties du droit privé qui ont adopté ou non la formule de l'article 1152 du Code Civil ont le juge pour arbitre.

En droit administratif, le Ministre décide et c'est contre cette décision que se pourvoit le fournisseur.

Nous avons vu d'ailleurs que toutes garanties étaient prises pour l'impartialité de cette décision.

Et cependant même dans le droit administratif, c'est encore au juge qu'appartient le dernier mot, puisque le Conseil d'Etat statuant au contentieux annule l'acte de l'Administration active, s'il estime que celle-ci a dépassé la limite de ses droits.

CHAPITRE VI

POUVOIRS DU MINISTRE DANS L'APPLICATION DES PÉNALITÉS.

I. — THÈSES EN PRÉSENCE

La décision du Ministre n'a été envisagée jusqu'ici que dans le développement de la procédure gracieuse des pénalités.

Il convient maintenant de rechercher quelles sont ces limites. Le Ministre a-t-il un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'exonération des pénalités ?

La question se pose de la manière suivante.

Devant les tribunaux civils, la non imputabilité — moyen d'exception du débiteur à qui on réclame réparation du préjudice — est examinée *en droit* par le juge. Seul le cas fortuit ou de force majeure peut faire rejeter la demande du créancier.

En droit administratif, le Ministre — et cela résulte des chapitres précédents — bien que n'étant pas juge, statue en fait comme le ferait une juridiction. Sa décision, entourée de conseils et d'avis ressemble à un jugement et en tient lieu. Etant donné ce caractère de sa décision, le Ministre doit-il se comporter comme un juge ?

Or, s'il est vrai que le Ministre n'exerce plus depuis 1881 un pouvoir juridictionnel, il est non moins certain que dans le contrat administratif que constitue le marché de fournitures, le Ministre, représentant de l'Etat, est

l'une des parties contractantes. Cette qualité, il la conserve pendant l'exécution du marché, il la conserve dans l'application des pénalités.

En droit privé, l'on peut concevoir l'hypothèse suivante : Deux parties adoptent la formule de l'article 1152 du Code Civil, en stipulant que l'indemnité sera due par la seule inexécution du contrat à l'échéance du terme et sans qu'il soit besoin de mise en demeure.

Le débiteur n'exécute pas sa prestation dans les délais prévus.

Il ne peut invoquer à sa décharge le cas fortuit ou la force majeure. Néanmoins, le créancier dans la certitude où il est que son débiteur a fait toute diligence pour lui donner satisfaction, consent à ne pas user du droit que lui confère l'article 1152. Peut-être aussi la considération de bonnes relations d'affaires antérieures et futures l'a-t-il incité à prendre cette décision.

Le Ministre, *co-contractant*, peut-il user de la même bienveillance, ou au contraire est-il tenu d'observer strictement le droit et de n'accorder l'exonération que si le fournisseur peut prouver le cas fortuit ou la force majeure ?

..

C'est à la deuxième solution que se rallie M. le Professeur Jèze dans son rapport au Ministre de l'Armement et des Fabrications de Guerre en date du 28 mai 1918, déjà cité :

« C'est le Ministre qui apprécie le cas fortuit ou la force majeure allégués par le fournisseur. Il le fait en

décidant qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les pénalités ou qu'il n'y a lieu de les appliquer que dans une certaine mesure. D'ailleurs, un point essentiel ne doit jamais être perdu de vue et il a été maintes fois rappelé par la Cour des Comptes. Le Ministre n'a pas un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Le Ministre ne peut pas renoncer à appliquer les pénalités, lorsqu'il n'y a pas cas fortuit ou force majeure.

« Le principe fondamental de notre droit public est que le Parlement seul a qualité pour faire remise d'une créance de l'Etat (1). C'est là un principe qui a beau ne pas être très bien connu des Administrations et qui pourra ne pas être appliqué avec toute la rigueur qu'il convient, n'en est pas moins certain.

« L'article 39 (2) du Cahier des Clauses et Conditions Générales donne expressément la solution correcte : « Les retenues sont toujours effectuées, alors même que le retard n'aurait causé aucun préjudice à l'Etat ».

« Le Ministre qui n'applique pas les clauses pénales, lorsqu'elles sont encourues, renonce, sans en avoir le pouvoir légal, à une créance de l'Etat. Il commet un excès de pouvoir préjudiciable à l'Etat. Il fait une libéralité avec les deniers publics. Il commet une faute grave. Cette faute est d'autant plus grave que l'intérêt financier de l'Etat n'a

(1) Les remises de débet sont faites, non par l'autorité législative, mais par le Chef de l'Etat. — Décret du 31 mai 1862, art. 370.
« Aucune remise totale ou partielle de débet ne peut être accordée à titre gracieux que par l'Empereur, en vertu d'un décret publié au *Moniteur*, sur le rapport du Ministre liquidateur et sur l'avis du Ministre des Finances et du Conseil d'Etat.

(2) Actuellement article 37.

ici d'autre sauvegarde que la conscience du Ministre. Si le Ministre fait remise des pénalités, il n'y a pas d'autorité qui puisse l'obliger à faire son devoir.

« Seule, la Cour des Comptes, au bout de quelques années, fera entendre une critique platonique. »

II. — SUGGESTIONS DE LA COUR DES COMPTES

Cette théorie a également été soutenue par la Cour des Comptes qui estime que les cas d'exonération sont limitativement prévus par les marchés ou le Cahier des Clauses et Conditions Générales. « A défaut de cette base, ajoute-t-elle dans un de ses rapports annuels au Président de la République, la décision aboutit à une remise gracieuse de pénalités qu'il n'appartient pas au Ministre d'accorder ».

La Cour a, d'ailleurs, proposé certaines mesures qui seraient de nature à entourer de nouvelles garanties les décisions du Ministre concernant les pénalités.

Ces mesures ont été particulièrement étudiées à l'Administration de la Guerre, où nous avons pu prendre les notes qui suivent :

« Pour empêcher les exonérations qui ne reposeraient pas sur les cas exceptionnels prévus au Cahier des Charges Spéciales ou au Cahier des Clauses et Conditions Générales des marchés, la Cour des Comptes demande :

1°) Qu'une Commission spéciale créée par une loi émette un avis motivé sur toutes les demandes d'exonération présentées par les fournisseurs ;

2°) Que cet avis — ou celui de la Direction du Contrôle, si la Commission n'était pas instituée, soit toujours transmis à la Cour en même temps que la décision ministérielle ;

3°) Que celle-ci soit toujours motivée quand elle ne serait pas conforme à l'avis de la Commission.

« En ce qui concerne l'institution d'une commission spéciale, la Cour envisage le vote d'une loi et comme la procédure qu'elle préconise s'appliquerait non seulement à l'Administration de la Guerre, mais encore à toutes les autres Administrations, le projet de loi devrait être déposé, si l'opportunité en était démontrée, non par le Ministre de la Guerre, mais par le Ministre des Finances.

« Quoi qu'il en soit, il existe déjà dans certains Ministères, comme le fait remarquer la Cour, des Commissions qui émettent un avis sur les demandes de remises. Mais dans ces Ministères, la Commission n'est appelée à donner son avis que sur les seuls dossiers qui lui sont envoyés par le Ministre, elle n'est pas obligatoirement consultée. L'institution d'une commission qui serait obligatoirement consultée paraît inutile et de nature à amener des retards dans la solution des affaires. Dans l'esprit de la Cour, des remises de pénalités ne devraient intervenir que dans les seuls cas exceptionnels prévus au marché. S'il en était ainsi, la Commission n'aurait à constater que l'existence de ces cas ; dans l'affirmative, il y aurait nécessairement lieu à remise, dans la négative, la demande de réduction devrait être écartée « ipso facto ». Son rôle serait donc simplement de constater les faits et à ce point de vue, il semble que la

Direction technique intéressée est au moins aussi bien placée qu'une commission pour émettre un avis.

« Il est, en tous cas, certain que cette Commission qui ne pourrait siéger que toutes les semaines ou tous les quinze jours au maximum, qui devrait confier l'examen préalable des dossiers à des rapporteurs, mettrait beaucoup plus de temps à émettre un avis que celui dans lequel interviennent aujourd'hui les avis des Directions du Contrôle ou du Contentieux. Or, les fournisseurs ne manqueraient pas de protester avec juste raison contre des retards qui empêchent les paiements qui leur sont dûs.

« Mais il y a une question plus grave : le Ministre ne pourrait s'écarter de l'avis de la Commission qu'en faisant connaître ses motifs. C'est là une singulière mesure de défiance à l'égard des membres du Gouvernement et, en pratique, le pouvoir de décision du Ministre serait considérablement amoindri puisqu'il aurait à expliquer pourquoi il ne suit pas l'avis émis par une commission ou un service qui lui est subordonné.

« D'ailleurs, l'envoi des motifs de la décision ministérielle à la Cour présenterait de sérieux inconvénients. Actuellement, la décision n'est pas motivée. Si elle l'était, comme le demande la Cour, sa teneur devrait être intégralement communiquée au fournisseur dont la demande n'a pas été entièrement accueillie, car il s'agit d'une décision contentieuse dont celui qui en est l'objet, a le droit de connaître tous les termes.

« Or, il peut être dangereux de faire ainsi connaître à la partie adverse les motifs qui ont dicté la décision. Ces motifs peuvent l'inciter à introduire un pourvoi devant le

Conseil d'Etat. Ils peuvent être discutés et s'ils ne sont pas rigoureusement exacts, mettre le Ministre dans une posture assez difficile.

« En tous cas, ils peuvent devenir l'objet de nouvelles réclamations présentées au Ministre lui-même, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un tiers. Il y a tout avantage à ne pas alimenter ces discussions qui ne peuvent qu'énervier l'Administration et lui faire perdre un temps appréciable. Il est de jurisprudence constante que le Ministre n'est pas tenu de motiver ses décisions contentieuses (Conseil d'Etat, Bertagne 18 février 1887 — Delagogue 1^{er} août 1902) et on comprendrait mal qu'alors qu'une décision contentieuse n'est pas motivée, une décision gracieuse le soit nécessairement. »

*
**

Ainsi se trouvent réduites à leur juste valeur les critiques formulées par la Cour des Comptes. La création de commissions chargées de statuer sur une simple question de fait : existe-t-il un cas fortuit ou de force majeure ? paraît inutile.

Au contraire, l'on comprend parfaitement qu'une commission présidée par une haute personnalité administrative et réunissant des compétences techniques et administratives, comme il en existe une au Ministère de l'Air, ait à examiner dans leur ensemble les observations formulées par le fournisseur sur le décompte des pénalités, et émette un avis motivé éclairant le Ministre sur la décision à prendre. La Commission Centrale des Marchés de l'Aéronautique, ainsi qu'il a été dit au chapitre iv, base son appré-

ciation sur le droit, mais, examinant aussi les motifs d'équité, indique, s'il y a lieu, au Ministre la solution gracieuse (1).

Quant à la nécessité pour le Ministre de motiver toute décision contraire à l'avis des organismes consultatifs placés sous son autorité, elle aboutirait évidemment à un renversement des rôles dans la hiérarchie administrative.

La communication de ces motifs à la Cour des Comptes ne serait pas sans produire le même résultat. Lorsqu'il fixe les pénalités ou en prononce l'exonération totale ou partielle, le Ministre agit en qualité d'administrateur supérieur. Sa décision ne fait pas partie intégrante du compte pour lequel la Cour des Comptes est compétente, mais intervient en dehors du compte et ne paraît pas relever des observations de cette juridiction.

■
* * *

III. — POUVOIR D'APPRÉCIATION DU MINISTRE

Les garanties proposées pour maintenir la décision du Ministre dans les cas limitativement prévus au Contrat, paraissant dès lors inapplicables ou inefficaces, l'on est conduit à examiner la théorie du pouvoir discrétionnaire du Ministre en matière d'exonération de pénalités.

Que fait le Ministre lorsqu'il prononce l'exonération totale ou partielle des pénalités ? Il modifie après coup l'une des obligations du fournisseur.

(1) En ce qui concerne les retards que la note citée croit devoir imputer à l'existence et au fonctionnement d'une Commission, la pratique suivie au Ministère de l'Air permet de répondre que le délai nécessaire à la décision du Ministre en matière de pénalités n'a pas été augmenté du fait de la création de la Commission.

L'on ne peut refuser au Ministre le droit de modifier, d'accord avec le fournisseur, les conditions d'exécution d'un marché. C'est ainsi, par exemple, que les performances pour la réception d'un avion peuvent être jugées excessives, malgré le progrès technique certain réalisé par l'appareil. Est-il opportun, dans ce cas, de refuser la prise en charge d'un prototype et de résilier le marché aux torts et griefs de l'entrepreneur ? Ce serait cependant la solution de droit strict prévue au contrat. Or, le Ministre agit, dans les cas de cette nature, non comme juge, mais comme un administrateur supérieur. C'est dans l'intérêt même du département à la tête duquel il se trouve placé qu'il décide la réception de tel ou tel matériel.

Autre exemple : Un matériel n'est pas conforme aux spécifications techniques du marché, malgré le soin apporté par le constructeur à sa fabrication. Les fournitures rebutées dépassent le minimum prévu au marché. Le Ministre peut, en vertu de l'article 41 du Cahier des Clauses et Conditions Générales, résilier le marché aux risques et périls du fournisseur. Toutefois, faisant état de la bonne volonté de celui-ci et pour ne pas décourager un constructeur sérieux dont les efforts ont été constatés et peuvent être précieux pour l'avenir, le Ministre décide la résiliation pure et simple du marché sans indemnité de part ni d'autre.

Un constructeur s'est engagé à livrer dans un délai déterminé. L'expérience démontre que ce délai est insuffisant. Le Ministre, sur la demande de l'intéressé, accorde une prorogation de délai.

Dans tous ces cas, les obligations précises du fournis-

seur se trouvent modifiées à son avantage. Peut-on dire que la décision du Ministre constitue alors une libéralité ? Nous ne le pensons pas.

Il y aurait libéralité si aucune contre-partie n'existait pour l'Administration à la diminution de ses droits. Or, l'intérêt bien entendu de l'Etat, comme celui d'un particulier, n'est pas toujours de poursuivre intégralement l'exécution des obligations de son co-contractant. « Il faut ménager son débiteur » est une formule de bon sens qui, dans le domaine de la gestion publique, a autant de valeur que dans la pratique commerciale.

La simple raison d'équité enfin doit être considérée comme un motif suffisant appuyant une décision du Ministre favorable au fournisseur. L'Etat est réputé honnête homme.

♦♦

En conséquence, le Ministre, co-contractant, agit dans la limite de ses pouvoirs en modifiant les obligations du fournisseur. Il a, par son approbation, sanctionné les clauses du marché ; il peut, de sa propre autorité, en accorder la révision.

L'exonération totale ou partielle des pénalités prononcées pour des motifs autres que le cas fortuit ou la force majeure, apparaît ainsi parfaitement licite (1).

L'on peut citer à l'appui de cette théorie, l'avis de la Commission (2) extra-parlementaire réunie en 1895 sous

(1) En sens contraire Jèze, *op. cit.*, p. 298.

(2) Il a déjà été fait mention de cette Commission au chapitre IV. Ses travaux qui font autorité en matière de marchés, ont servi de base à l'élaboration du Cahier des Clauses et Conditions Générales de la Guerre.

l'autorité de M. le Sénateur Boulanger, premier président de la Cour des Comptes et qui groupait des représentants éminents du Conseil d'Etat, des Administrations Publiques, du Commerce et de l'Industrie.

« La remise des pénalités, dit la Commission, qui modifie après coup les obligations stipulées dans le marché et porte ainsi une certaine atteinte au principe de la concurrence, ne doit être accordée que pour des motifs sérieux.

« Il y a des cas où cette remise est *juste et nécessaire*, et la faculté de l'accorder ne saurait être retirée au Ministre. Il importe seulement que l'équité de la mesure ne soit douteuse pour personne et que la modération de pénalité ne puisse être interprétée comme ayant le caractère d'une faveur. »

**

L'article 115 de l'Instruction sur les Marchés, cité au début du chapitre IV est également en ce sens.

Dans tous les cas, en effet, l'état décompté des pénalités est transmis à l'entrepreneur pour qu'il présente ses observations même s'il n'a demandé aucun sursis de livraison pour cas de force majeure. « Son attention, est-il dit, est appelée sur l'inutilité qu'il y aurait à formuler une demande de remise qui ne serait pas justifiée par des *circonstances importantes et imprévues* ayant manifestement entraîné le retard. Il importe, en effet, que les prescriptions d'un contrat ne deviennent pas lettre morte, et qu'aucune exonération arbitraire de pénalité ne puisse intervenir ».

Les mots « circonstances importantes et imprévues » peuvent évidemment comprendre les cas de force majeure, mais ils sont plus génériques et englobent également tous les cas laissés à l'appréciation du Ministre et qui sont de nature à motiver l'exonération.

••

La doctrine et la pratique du Ministère de la Guerre viennent enfin renforcer notre thèse :

« Le pouvoir d'exonération du Ministre apparaît comme légitime et n'avoir comme limite que l'abus qu'il pourrait en faire en accordant des remises qui seraient prises contrairement aux intérêts supérieurs de l'Administration, et qui constitueraient alors une pure libéralité qui ne serait compensée par aucun avantage possible pour l'Etat ».

« En fait, l'expérience montre que les exonérations ne sont prononcées que pour des motifs dignes d'être pris en considération ».

D'ailleurs, la procédure suivant laquelle sont instruits les dossiers de pénalités (v. chapitre iv) présente toutes les garanties désirables et l'on ne pourrait soutenir que les exonérations proposées par les divers organismes ou services compétents, soient arbitraires.

••

IV. — POUVOIR DE RÉVISION DU MINISTRE

L'on a examiné jusqu'ici le pouvoir du Ministre dans l'application des pénalités. Reste une question qui est comme le prolongement de celle-ci.

La décision une fois prise, les pénalités sont précomptées sur le mandat pour solde. Leur montant est ainsi versé au Trésor. Le Ministre peut-il encore, revenant sur sa première décision, accorder une exonération totale ou partielle de ces pénalités ?

Nous avons admis qu'un nouveau recours gracieux subséquent à la procédure ordinaire des pénalités, malgré le danger qu'il présentait pour le requérant du point de vue des délais du recours contentieux, était possible. Il ne semble donc pas douteux que l'Administration puisse réformer son acte dans le cas particulier qui nous occupe.

Cependant, la difficulté réside dans le fait du paiement au Trésor. Le Ministre des Finances en tire argument pour refuser au Ministre liquidateur le droit de revenir sur sa décision :

« Le fait par un entrepreneur, de verser au Trésor, soit directement, soit par voie de précompte sur le montant des mandats délivrés à son profit, les pénalités qui lui ont été imputées, constitue de sa part la reconnaissance de la légitimité de sa dette et rend la décision qui avait été prise contre lui irréformable. Il ne saurait appartenir au Ministre, de reviser ensuite cette décision. Le versement fait par l'entrepreneur a éteint sa dette et on ne saurait, comme l'a reconnu la Section des Finances du Conseil d'Etat, prononcer l'exonération d'une dette qui n'existe plus. »

Certes, le paiement est le mode par excellence de l'extinction d'une dette. Mais en matière de pénalités, il présente ce caractère particulier qu'il intervient en dehors de la volonté du débiteur. Celui-ci d'ailleurs a-t-il accepté ?

On ne saurait le déduire d'un paiement forcé et il faut rechercher ailleurs les marques juridiques de son acceptation.

Or, la décision du Ministre fixant les pénalités est susceptible — nous l'avons vu — d'un recours contentieux devant le Conseil d'Etat, dans les deux mois qui suivent sa notification. Tant que dure ce délai, le fournisseur ne peut être considéré comme donnant son adhésion aux pénalités mises à sa charge, puisqu'il conserve le droit de demander leur revision ou leur annulation. Passé ce délai au contraire, le fournisseur n'a plus de recours de droit. Son silence vaut acceptation.

Une application intéressante de ces principes est faite par l'article 369 du décret du 31 mai 1862 sur la Comptabilité Publique, relatif aux remises de débet qui ne peuvent être prononcées après que les débits ont acquis *force de chose jugée*, ou en d'autres termes si dans les deux mois de leur notification, ils n'ont fait l'objet d'aucun recours contentieux.

*
**

Nous tenant donc à ce mode d'acceptation du débet ou des pénalités, nous estimons que le remboursement de celles-ci peut encore s'opérer dans le délai du recours. Après deux mois, la décision du Ministre, par l'adhésion tacite du débiteur, est devenue définitive. L'exonération totale ou partielle n'est donc plus possible, pas plus du reste que la remise du débet.

Le pourvoi du fournisseur dans les délais ouvre, au

contraire, indéfiniment la possibilité d'une revision des pénalités prononcées, car la décision du Ministre est soumise à l'arrêt du Conseil d'Etat et que la décision définitive dans ce cas appartient à cette haute juridiction.

CONCLUSION

Nous avons exposé au chapitre III l'utilité de la clause pénale. Après avoir étudié les différents stades de son application, nous sommes à même d'affirmer que cette clause, au premier abord léonine, est essentiellement équitable.

Les garanties qu'elle donne aux fournisseurs, sont, à tout prendre, équivalentes à celles que l'article 1152 du Code Civil donne aux particuliers.

Sans doute, ceux-ci jouissent pour l'examen de leurs litiges des deux degrés de la juridiction civile, première instance et appel. Le fournisseur de l'Etat, au contraire, n'a qu'un recours contre la décision du Ministre devant le Conseil d'Etat, juge en premier et dernier ressort. Mais nous avons développé au chapitre IV les moments successifs de l'instruction des pénalités qui précèdent et entourent la décision des Ministres. Nous avons noté que cette décision, si elle n'avait pas le caractère d'un jugement, en présentait néanmoins certains aspects, de sorte que la fixation des pénalités est de nature à donner tous apaisements d'impartialité aux fournisseurs. Le recours au Conseil d'Etat apparaît ainsi comme l'appel formé contre la décision du Ministre.

Certes, des difficultés peuvent se présenter dans l'appréciation des motifs d'exonération. Les parties peuvent, même de bonne foi, avoir une opinion différente, l'Administration prétendant faire œuvre de libéralité, le four-

nisseur au contraire, s'estimant lésé. Mais qui peut dire que les tribunaux judiciaires satisfont aux prétentions opposées des parties ?

Nous voudrions citer, à titre d'exemple, un cas particulier aux constructions aéronautiques actuellement soumis à l'examen du Conseil d'Etat.

Un industriel s'engage à construire dans un délai déterminé une série d'avions faisant suite à un prototype homologué. Ces appareils qui doivent répondre aux *conditions techniques générales* (1), sont à destination militaire.

Or, du prototype à la série, de nombreuses modifications sont à prévoir pour rendre l'avion conforme aux conditions techniques générales et apte à être utilisé par les services militaires.

Une fois les performances déterminées par la réception du premier appareil, un avenant intervient fixant les conditions de réception. Cet avenant ne modifie pas les délais.

Au moment de la fixation des pénalités, l'Administration évalue le temps nécessaire aux modifications demandées en cours de construction et applique les pénalités.

Le constructeur estime qu'étant donné la nature de son marché : fourniture indéterminée, puisque des modifications pouvaient être apportées à la construction, il ne doit pas être pénalisé.

L'Administration soutient que l'obligation essentielle du fournisseur était suffisamment définie : appareils de tel type, répondant aux conditions techniques générales, et

(1) Document officiel du Service Technique de l'Aéronautique.

utilisable par les services militaires. A cette fin, certaines modifications au prototype avaient été insérées dans le marché même. D'autres pouvaient être reconnues nécessaires en cours de fabrication et l'Administration devait se réserver le droit d'en prescrire la réalisation. Mais, en tout état de cause, l'objet du contrat était nettement délimité.

Il est évident que si le Conseil d'Etat admet cette argumentation, la question qui se posera sera de savoir si les délais accordés sont ou ne sont pas suffisants. C'est là un fait qu'une expertise peut résoudre facilement. Si le retard est hors de proportion avec le laps de temps nécessaire à la réalisation des modifications demandées, il doit y avoir lieu à pénalités.

On ne saurait nier, toutefois, combien pour des marchés de cette nature, il est difficile de faire une application exacte de la clause pénale.

En définitive, la seule objection sérieuse que l'on pourrait faire aux pénalités, serait de retarder le paiement pour solde des marchés

Il arrive, en effet, que des paiements importants sont retenus jusqu'au moment de la décision du Ministre. Si cette décision exonère le fournisseur, la retenue se trouve rétroactivement sans cause. Mais le fournisseur peut-il se plaindre d'avoir été exonéré ?

Sans doute cet inconvénient n'existe pas devant les tribunaux judiciaires où les intérêts d'une somme retenue à tort sont accordés depuis le jour de la mise en demeure du débiteur.

Mais on ne saurait comparer la longueur d'une instance

devant les tribunaux au temps nécessaire à la décision du Ministre en matière de pénalités.

D'ailleurs, il est facile de constater la cause des retards. Elle provient, dans la plupart des cas, du peu d'empressement des fournisseurs à produire leurs observations. Or, nous savons que c'est là une des phases essentielles de l'instruction des pénalités.

Les avis des services intéressés, au contraire, sont donnés dans la huitaine de la réception des observations de l'entrepreneur et la décision intervient peu après.

Les fournisseurs ne peuvent donc que s'en prendre à eux-mêmes du retard apporté à leurs paiements. Ils ont le plus grand intérêt à renvoyer le plus tôt possible à l'Administration le dossier qui leur est communiqué, en formulant les demandes et réserves qu'ils croient utiles.

..

Placée à la limite de l'action administrative et du contentieux administratif, la clause des pénalités dont la nature juridique n'est pas différente de la clause pénale de l'article 1152 du Code Civil, nous a permis d'étudier au cours de cet ouvrage le recours formé devant le Ministre, le recours contentieux formé devant le Conseil d'Etat, et l'influence de l'un sur l'autre.

Les avantages qu'elle présente sont incontestables eu égard à la différence profonde qui sépare la procédure devant les tribunaux civils de la procédure devant les tribunaux administratifs.

Les inconvénients qui en découlent sont minimes, réduits à leur juste valeur. Les difficultés que rencontre

son application résident dans la nature spéciale de certains marchés de fournitures et non dans l'existence d'un forfait fixé à l'avance pour sanctionner le manquement des fournisseurs à leurs obligations. Bien au contraire, ce forfait est la base certaine qui permet d'éviter l'arbitraire dans l'appréciation de la faute contractuelle et du préjudice causé.

FIN

Vu :	Vu :
<i>Le Président de la Thèse,</i>	<i>Le Doyen,</i>
Achille MESTRE.	H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

BAUDRY-LACANTINERIE : *Traité de Droit Civil.*

BERTHÉLEMY : *Traité de Droit Administratif.*

HAURION : *Traité de Droit Administratif.*

JACQUELIN : *L'influence du recours gracieux sur le recours contentieux*, Cours de Doctorat de 1925-1926.

JÈZE : *Théorie générale des Contrats de l'Administration. Formation et exécution.* Giard, 1930.

TÉTREAU : *Des Marchés de fournitures.*

P. VIDAL : *Les Marchés de fournitures du Département de la Guerre* Lavauzelle, 1903.

Bulletin Officiel du Ministère de la Guerre : « Marchés ». Lavauzelle.

Revue de Droit Public, année 1928 : Notes de Jurisprudence de M. G. JÈZE : « La théorie de l'imprévision et les pénalités ».

Documents Administratifs du Ministère de la Guerre et du Ministère de l'Air.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les marchés de fournitures</i>	9
I. — La vente en droit civil.....	10
II. — Le marché administratif.....	15
CHAPITRE II. — <i>Nature juridique des pénalités</i>	29
I. — Dommages et intérêts. — Clause pénale du droit civil (art. 1152 du C. C.).....	29
II. — La clause pénale en droit administratif. — Forfait. — Force majeure. — Préjudice. — Mise en demeure.....	32
CHAPITRE III. — <i>Utilité de la clause pénale dans les marchés de fournitures</i>	51
I. — L'absence de clause pénale dans les marchés..	51
II. — Avantages du forfait. — Difficultés d'appréciation du préjudice. — Pas de commune mesure	55
III. — Critiques formulées. — Autres moyens proposés	59
CHAPITRE IV. — <i>Procédure d'application des pénalités</i>	67
I. — Décompte et précompte des pénalités.....	70
II. — Observations du fournisseur : force majeure, grève, fait de l'Administration.....	74
III. — Décision du Ministre.....	91
CHAPITRE V. — <i>Le recours gracieux et le recours contentieux dans la procédure des pénalités</i>	95
I. — Caractère de la décision du Ministre.....	95
II. — Moyens de recours contre cette décision.....	100

CHAPITRE VI. — <i>Pouvoirs du Ministre dans l'application des pénalités</i>	103
I. — Thèses en présence. — Le Ministre peut-il exonérer si le fournisseur ne peut invoquer la force majeure ?.....	103
II. — Suggestions de la Cour des Comptes.....	106
III. — Pouvoir d'appréciation du Ministre.....	110
IV. — Pouvoir de revision du Ministre.....	114
a fixé les pénalités.....	114
CONCLUSION	119
De difficultés particulières inhérentes à certains marchés. — Utilité des pénalités.....	119
BIBLIOGRAPHIE	125

